



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por:
Cristina Romeo Sanz

Con objeto de:
«SHARENTING: A propósito de la discrepancia entre progenitores por la publicación de imágenes e información en redes sociales. Consentimientos necesarios y posible vulneración de los derechos de la personalidad del menor»

Directora
Dra. Aurora López Azcona

Facultad de Derecho
2019/2020

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
LISTADO DE ABREVIATURAS.....	2
I. PLANTEAMIENTO.....	3
II. SUPUESTO DE HECHO	3
III. CUESTIONES PLANTEADAS.....	5
IV. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE	5
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	10
1. APROXIMACIÓN AL <i>SHARENTING</i> Y A LOS POSIBLES RIESGOS QUE IMPLICA.....	10
2. LA POSIBLE “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASO DE <i>SHARENTING</i>	14
3. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO	23
3.1. LOS MENORES DE CATORCE AÑOS: ARTÍCULO 20 CDFA	28
3.2. EL MENOR MAYOR DE CATORCE AÑOS: ARTÍCULO 24 CDFA	33
3.3. EL CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES: LA INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA (NO ARAGONESA)	36
4. POSIBLES MEDIDAS DE PROTECCIÓN: ACCIONES JUDICIALES A EMPRENDER.....	38
5. VIABILIDAD DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL A FAVOR DEL PADRE	42
VI. CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ)	55

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CDFA: Código de Derecho Foral de Aragón

FGE: Fiscalía General del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

LO: Ley Orgánica

LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

MF: Ministerio Fiscal

Pág.: Página

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. PLANTEAMIENTO

El presente dictamen tiene por objeto abordar uno de los problemas que ha surgido en los últimos años a raíz del crecimiento del uso de Internet y las redes sociales. Se trata de las controversias que se derivan de la publicación de imágenes e información de menores en estos espacios por parte de sus progenitores (el denominado *sharenting*) y, en concreto, por uno de ellos sin el consentimiento del otro. En particular, en el presente dictamen se analizará la discrepancia entre dos progenitores sobre el empleo de tal práctica respecto de los hijos comunes, pretendiendo uno de ellos en el proceso de divorcio que cese la misma por el otro.

Veremos así cómo estas prácticas pueden suponer una intromisión ilegítima en ciertos derechos de la personalidad de los menores, como son el derecho al honor, intimidad y propia imagen. Y, por supuesto, nos centraremos en el estudio del consentimiento como elemento clave en esta cuestión.

Para ello acudiremos a los instrumentos jurídicos que nos ofrece la normativa vigente, sin perjuicio de defender su necesaria adaptación al objeto de ofrecer una respuesta específica a tales situaciones, de tal manera que los menores queden plenamente protegidos de cualquier posible vulneración de sus derechos que pueda derivarse de tal práctica por parte de sus progenitores.

II. SUPUESTO DE HECHO

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por Don David, resultan los hechos que, a continuación, se enuncian:

1º.- El 11 de marzo de 2.005, Don David y Doña Elena, ambos de vecindad civil aragonesa, contrajeron matrimonio en Zaragoza. Dos meses más tarde, concretamente el 17 de mayo de 2.005, tuvieron una hija a quien pusieron de nombre Carlota y que a fecha de hoy tiene catorce años. Posteriormente el núcleo familiar fue completado por dos hijos más, al haberse convertido en padres de Martín en el año 2014 (cinco años) y de Aitana en 2017 (dos años).

2º.- Tras 10 años de convivencia pacífica y sin mayores problemas conyugales o familiares, en 2015 la relación comienza a debilitarse y aparecen una serie de discrepancias, sobre todo, en lo referente a la educación y cuidado de sus hijos.

Las mayores discusiones surgieron a raíz del boom tecnológico y la era de las redes sociales, momento este en el que Doña Elena comenzó a subir a su página de Facebook y a su perfil de Instagram fotografías de sus hijos menores, con lo que Don David no estaba del todo de acuerdo.

3º.- Con el paso del tiempo, lo que comenzó como una práctica esporádica se convirtió en un habitual, colgando contenido diario de los menores en redes sociales.

De hecho, en el perfil público de Instagram de Doña Elena, pueden encontrarse todo tipo de fotografías de sus hijos, plasmando su vida diaria y mostrando su imagen sin pudor.

Entre ellas, cuenta sus experiencias escolares, incluyendo fotografías del uniforme del colegio, lo que permite que cualquier usuario de la red conozca a qué colegio van los niños, llegando incluso a dar datos sobre los resultados académicos de los mismos.

También aparecen fotografías y videos de sus primeras veces: sus primeros pasos, su primera papilla, su primer baño (mostrándolos desnudos), sus primeras palabras, etc.

No obstante, el detonante se produjo en 2017 con el nacimiento de Aitana, la hija pequeña de Don David y Doña Elena, por cuanto ya desde ese mismo momento Doña Elena creó un perfil de Instagram con el nombre de su hija, como si fuese ella misma, colgando varias fotografías y vídeos diarios hasta la actualidad.

4º.- Los innumerables intentos de Don David por hacer entender a su esposa los riesgos que pueden derivarse para sus hijos dada la gran exposición que hace de ellos en Internet, no llegaron a buen puerto. Las discusiones entre ambos aumentaron y Doña Elena no cesó en su actividad, sin importarle la opinión que tiene al respecto el padre de sus hijos.

5º.- Ante esta situación, con el fin de garantizar la privacidad de los tres menores, Don David solicita dictamen en busca de una posible solución jurídica que prohíba a doña Elena seguir subiendo a las redes sociales imágenes de sus hijos sin su consentimiento y que proceda a eliminar lo ya subido, ello partiendo de la posible consideración de su actuación como intromisión ilegítima del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores. Asimismo, quiere saber si, en caso de que finalmente interponga demanda de divorcio, tiene posibilidades de obtener la custodia individual de sus hijos.

III. CUESTIONES PLANTEADAS

En atención a los antecedentes de hecho expuestos se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

PRIMERA.- ¿Qué riesgos podrían derivarse del comportamiento que Doña Elena está teniendo en redes sociales con las imágenes e información de la vida privada de sus hijos?

SEGUNDA.- ¿Podría considerarse una actividad ilegítima y, por lo tanto, estar vulnerándose los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores?

TERCERA.- ¿Puede Doña Elena publicar lo que estime oportuno por el simple hecho de ser la madre de los menores o es necesario el consentimiento de ambos progenitores? Y los menores, ¿deben o pueden prestar su consentimiento?

CUARTA.- ¿Pueden iniciarse acciones legales contra Doña Elena?

QUINTA.- ¿Sería este un motivo de peso para Don David poder solicitar la custodia individual de sus hijos?

IV. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

Es indiscutible que la cuestión sobre la que versa el presente dictamen pertenece al ámbito jurídico civil, y, más concretamente, al Derecho de persona y de familia.

Como es sabido, el Estado español se configura conforme al modelo de Estado autonómico, de tal manera que las Comunidades Autónomas pueden asumir, en sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias legislativas sobre aquellas materias no exclusivas del Estado. Esta cuestión se prevé en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española (en adelante, CE), donde se determinan las materias sobre las que podrán asumir competencias las Comunidades Autónomas y las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, respectivamente.

De acuerdo con BAYOD LÓPEZ¹, dicha configuración autonómica del Estado español cobra especial importancia en materia de Derecho Civil, ya que todas aquellas Comunidades Autónomas que en el momento de la entrada en vigor de la CE tenían

¹ BAYOD LÓPEZ, C.: «El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, V, 1999, pág. 30.

Derecho civil foral o especial, podrán conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, por virtud del artículo 149.1.8 CE. De este modo, el Estado comparte la potestad legislativa en materia civil con las CCAA que tengan Derecho Civil propio, basándose la relación entre ambas legislaciones en el principio de competencia previsto en la Constitución española, que en este punto prima sobre lo dispuesto por el artículo 13 del Código Civil.

En este caso, como ya se ha dicho, nos encontramos ante una cuestión de Derecho civil, relativa al Derecho de persona y al Derecho de familia, en la que existe una clara conexión del supuesto de hecho con la Comunidad Autónoma de Aragón. Por este motivo, y en consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores, debemos insistir en que Aragón tiene competencia exclusiva en la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, al haber asumido dicha competencia en el artículo 71.2ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

En consecuencia, esta coexistencia legislativa en materia civil puede plantear conflictos de leyes, debiendo acudir al artículo 16 del Código Civil para su esclarecimiento. Dicho precepto se remite a las normas de Derecho Internacional Privado previstas en el Capítulo IV del Título Preliminar -artículos 8 a 12- del Código Civil, matizando, de primero, que cuando el punto de conexión sea la ley personal, esta será determinada por la vecindad civil. Previamente, ya el artículo 14 del Código Civil dispone en su apartado 1 que «la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil», estableciendo en los apartados siguientes los criterios para fijar la vecindad civil de un sujeto.

De este modo, por remisión del artículo 16 CC, debemos acudir al artículo 9 CC, en particular, a su aptdo. 4.2, según el cual, en lo concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental la Ley aplicable se determinará con arreglo al Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, cuyo artículo 17 señala que «el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño». De igual modo, el apartado 6 del citado artículo 9 CC, se remite al Convenio de la Haya para determinar la ley aplicable a la protección de menores, cuyo artículo 5 prevé que «las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección

de su persona o de sus bienes». Por tanto, esta norma deja claro que es la residencia habitual del menor la que determina el Derecho aplicable en lo que al ejercicio de la autoridad familiar y protección personal del menor se refiere, y no la vecindad civil de los sujetos implicados.

En este caso, todos ellos poseen la vecindad civil aragonesa y residen en Aragón, por lo tanto, no existen dudas de que la normativa aplicable es la aragonesa, en virtud de los preceptos citados.

No obstante, debemos tener presente que pueden existir lagunas jurídicas, para lo que el art. 1.2 CDFA, de igual modo que el artículo 149.3 CE, declara la supletoriedad del Derecho civil estatal y es que, como apunta BAYOD LÓPEZ, a través de la supletoriedad del Derecho estatal se pretende evitar el *horror vacui*² que pudiera producirse a consecuencia de dichas lagunas. Ello sin olvidar que en el concreto caso expuesto pueden encontrarse afectados derechos fundamentales tales como el derecho a la propia imagen, cuya regulación -no se olvide- se reserva a Ley orgánica en el art. 81.1 CE y, por ende, al Derecho estatal. Corresponde así determinar la normativa aplicable al presente supuesto y examinar la posible aplicación supletoria o, en su caso, preferente del Derecho estatal, ello advirtiéndose de que nuestro Ordenamiento jurídico hoy por hoy carece de regulación específica en materia de *sharenting*.

A partir de ahí, entiendo que en el presente caso serán de aplicación en primer lugar los artículos 56 a 99 CDFA, en donde se regulan las relaciones entre ascendientes y descendientes y el ejercicio de la autoridad familiar. Ello es así, porque, en ausencia a fecha de hoy de resoluciones judiciales aragonesas, la reciente jurisprudencia entiende que esta práctica del *sharenting* se enmarca dentro del ejercicio de la patria potestad, debiendo ser prestada por quienes la ejercen conjuntamente por aplicación de lo dispuesto en el art. 156 CC, según el cual la misma se ejercerá por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, pudiendo acudir al juez en caso de desacuerdo entre ambos. Así lo entiende, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 4 de junio de 2015, al considerar que «la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 CC). [...] Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar

2 BAYOD LÓPEZ, C.: «El art. 149.3 CE: La supletoriedad...», cit., pág. 32.

previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC».

A la misma solución llegamos si aplicamos los preceptos del CDFA sobre autoridad familiar. En particular, el artículo 63 CDFA dispone:

«1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres. 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos».

Y, por su parte, el artículo 74 CDFA establece:

«1. En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin».

En definitiva, en los dos textos legales se atribuye el ejercicio de la autoridad familiar a ambos progenitores conjuntamente, y, si bien el CDFA no prevé la opción de que la autoridad familiar se ejerza «por uno solo -de los progenitores- con el consentimiento expreso o tácito del otro», se sigue llegando a la misma conclusión, ya que en ambos supuestos se requiere el ejercicio conjunto y, por tanto, se sobreentiende que es necesario el consentimiento de ambos, abriéndose en caso de divergencia la posibilidad de acudir al juez.

Del mismo modo, hay que acudir necesariamente a los preceptos del CDFA atinentes a la capacidad de obrar de los menores de edad, debiendo diferenciar entre los menores de catorce años, como son Martín y Aitana, cuyo escenario se regirá por lo previsto en los artículos 12 a 22 del CDFA; y la menor mayor de catorce años, como es Carlota, a quien le son de aplicación los artículos 23 a 33 del CDFA. En este punto, el diferente tratamiento dispensado por nuestro cuerpo legal a la intromisión en los derechos de la personalidad de unos y otros menores (arts. 20 y 24) se revela esencial a los efectos de la resolución de este caso, siendo estos los preceptos sobre los que deberemos basarnos principalmente.

Ello sin olvidar la necesaria aplicación del art. 80 CDFA, dada la cuestión planteada por el padre acerca de la posible atribución a su favor de la custodia individual de los hijos en caso de un eventual divorcio.

Por añadidura, conviene reparar en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, en cuanto tiene como objeto asegurar la promoción y protección del ejercicio de los derechos reconocidos a los niños y adolescentes.

De lo hasta aquí afirmado resulta, por consiguiente, que no existe laguna legal en Derecho civil aragonés que dé entrada a la aplicación supletoria del Código Civil. De hecho, el CDFA contiene una regulación específica en materia de intromisión en los derechos de la personalidad de los menores en sus arts. 20 y 24 de la que carece el CC estatal. Por tanto, deberemos acudir al CDFA para la resolución del presente supuesto.

Ahora bien, la aplicación del CDFA debe ser necesariamente modulada por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen, pues la finalidad de esta ley -necesariamente orgánica- es el desarrollo del principio general de garantía de los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE³, por aplicación del artículo 149.1.1 CE que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Del mismo modo, en virtud del mismo precepto constitucional, será de aplicación directa la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD), tal y como indica en su disposición final segunda⁴.

Y, por último, no debemos olvidar que los tratados internacionales son de aplicación directa en las materias que competencialmente corresponden a Aragón. Deben tenerse presentes, por ello, el Convenio de la Haya ya citado e igualmente la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 CE, el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas deberá realizarse por Ley Orgánica.

⁴ Disposición final segunda LOPD: 1. Esta ley orgánica se dicta al amparo del artículo 149.1.1.ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Aceptando el requerimiento formulado, se procede a emitir el presente Dictamen con base en los argumentos jurídicos que se esgrimen a continuación, no sin antes ofrecer una aproximación a la práctica del *sharenting* en que parece incurrir Doña Elena.

1. APROXIMACIÓN AL *SHARENTING* Y A LOS POSIBLES RIESGOS QUE IMPLICA

El *sharenting* podría definirse como aquella conducta consistente en la publicación de información e imágenes de menores en internet por parte de sus progenitores o familiares. Se trata de un anglicismo inventado por *The Wall Street Journal* compuesto por la mezcla de «share» (compartir) y «parenting» (crianza).

Estas publicaciones tienen lugar sobre todo en redes sociales⁵, como Facebook e Instagram, donde los progenitores –como es el caso de Doña Elena- suben imágenes e información de sus hijos diariamente, permitiendo a los usuarios de la red conocer la vida de los menores, incluso desde su nacimiento. Sin duda, esta práctica entraña una conducta ilógica y contraria a las advertencias que suelen hacer los padres a sus hijos sobre los peligros de compartir fotografías, datos y conversaciones con extraños en las redes.

De hecho, tanto es el crecimiento actual de estas prácticas, que la alarma social se ha visto reflejada en algunas campañas publicitarias, como la impulsada por la compañía telefónica Orange⁶, que trata de concienciar a la sociedad de los riesgos de esta práctica cada vez más extendida entre los nuevos padres, advirtiéndoles que «como padres debemos conocer cómo afecta a nuestros hijos la sobreexplotación que hacemos de ellos en internet», apuntando que «al cumplir los 6 meses, el 81% de los bebés tiene presencia en Internet. Y antes de los 2 años, el 5% tiene perfil propio en Facebook». Estos datos son obtenidos por numerosos estudios, como el realizado por la empresa de seguridad en

⁵ La RAE las define como un «servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo» (URL: <https://dej.rae.es/lema/red-social>, consultada el 3 de febrero de 2020).

⁶ URL: <https://usolovedelatecnologia.com/sharenting/>, consultada el 15 de octubre de 2019.

internet AVG, que con datos aportados por ciudadanos de 10 países⁷, concluyó que «tres de cada cuatro menores de dos años tienen fotos online»⁸.

Es más, si bien en muchos supuestos esta práctica es realizada por mero afán de, si se me permite la expresión, “presumir” de los hijos en las redes, en algunas ocasiones posee un fin lucrativo. Como indica FLORIT FERNÁNDEZ, «es el llamado fenómeno de las “instamamis”, que pueden obtener cuantiosos ingresos por la publicidad que de determinados productos se hace en sus vídeos familiares como también por las visitas a su vídeo blog, mediante la exhibición sin límites de sus hijos menores en su día a día»⁹.

Así las cosas, el fenómeno aquí descrito constituye, sin duda, uno de los impactos negativos del mundo virtual, a raíz del cual pueden plantearse problemas familiares de todo tipo, pudiendo, incluso, llegar a ser los propios menores víctimas de estas prácticas quienes, en un futuro, cuando crezcan, decidan emprender acciones legales contra sus progenitores¹⁰. No obstante, por lo que hace al caso del presente dictamen, es uno de los progenitores el que decide actuar en interés de sus hijos menores ante su desacuerdo con el otro.

Es por ello que interesa profundizar ahora en el riesgo que puede conllevar el *sharenting* para los menores, a fin de reforzar la posición que aquí se defiende favorable

7 Como indica The Family Watch, «Sharenting la sobreexposición de los hijos en las redes sociales. ¿Cuántas fotos de tus hijos hay en tus redes sociales?», julio de 2019, TFW REPORTS n° 26, pág. 2 (URL: www.thefamilywatch.org, consultada el 15 de octubre de 2019).

8 The Family Watch, «Sharenting...?», cit., pág. 2.

9 FLORIT FERNÁNDEZ, C., «*Sharenting* y límites de la patria potestad», *Superbia Jurídico*, 11 de mayo de 2019, pág. 1, (URL: <https://superbiajuridico.es/texts/sharenting-y-limites-de-la-patria-potestad/>, consultada el 3 de noviembre de 2019).

10 Tanto es así que ya en algunos países de la UE podemos encontrar sentencias al respecto. Así, por ejemplo, en Italia, el Tribunal de Roma dictó sentencia el 23 de diciembre de 2017 (causa 39913/2015), por la que se condenó a una madre a pagar a su hijo de 16 años hasta 10.000 euros si continúa colgando fotografías e información de la vida privada del menor en redes sociales. Tal y como informa el diario EURONEWS (URL: <https://es.euronews.com/2018/01/09/sentenciada-a-pagar-10-mil-euros-a-su-hijo-si-publica-fotos-suyas-en-facebook>, consultada el 1 de febrero de 2020), la situación era insostenible para el menor, que llegó incluso a solicitar al tribunal el continuar sus estudios en el extranjero, con objeto de "alejarse del actual contexto social, en el que todos sus compañeros estarían al tanto de sus asuntos personales, puestos en conocimiento por su madre con el uso constante y sistemático de las redes sociales". La madre en cuestión colgaba todo tipo de contenido, desde fotografías íntimas hasta información relativa a “procedimientos judiciales entre padres”, creando así un evidente malestar en su hijo, por lo que el Tribunal italiano entendió que se estaban vulnerando los derechos del menor. De este modo, la juez Velletti basó su pronunciamiento en el artículo 96 de la ley de derecho de autor italiana, según el cual «el retrato de una persona no podrá ser exhibido, reproducido o comercializado sin su consentimiento», a menos que se trate de cosas de personas de interés público o personas conocidas. En suma, recordó que los menores también gozan de una protección reforzada en virtud del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en Italia por la Ley 176/1991: "Se prohíbe toda injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada del niño".

a la necesaria limitación a estas prácticas, así como para tratar de entender los motivos que llevan a Don David a solicitar que se prohíba a Doña Elena el continuar subiendo imágenes e información de sus hijos comunes, así como a retirar lo ya subido, dada la preocupación que como padre tiene respecto de lo que a estos pueda sucederles.

No cabe duda de que los padres deberían ser los principales interesados en proteger la imagen de sus hijos, por lo que para Doña Elena la protección del interés superior de los menores y de sus derechos fundamentales debería primar sobre cualquier otro interés. No obstante, en muchas ocasiones no son conscientes de los importantes riesgos que comporta la publicación de fotografías e información de sus hijos en redes sociales, de los cuales nos vamos a hacer eco a continuación.

En primer lugar, interesa advertir que a través de estas prácticas se está creando una huella digital¹¹ de los menores, y ello sin que se les haya hecho partícipes en su creación y, por ende, sin que los propios interesados hayan prestado su consentimiento, cuando –ya adelanto- los actos relativos a los derechos de la personalidad tiene carácter personalísimo, más allá de que el menor necesite un complemento de capacidad en función de su grado de madurez. Ello implica que no se esté teniendo en cuenta la posibilidad de que el menor no se sienta representado o cómodo con la imagen que se está ofreciendo de su persona, pudiendo llegar a sentirse avergonzado por ciertas fotografías o información facilitada por sus propios progenitores. De este modo, es posible que se esté afectando a su reputación, perjudicándole tanto en su entorno social como en el colegio, aumentando el riesgo de que se conviertan en blanco de burlas e incluso llegar a sufrir situaciones de acoso, ciberacoso o bullying, con las consecuencias que esto desencadena en su autoestima¹². De este modo, la creación de una biografía digital de los menores por parte de sus progenitores puede desencadenar en un futuro problema de

11 Tal y como indica ROCHINA, P.: «Nuestra huella digital en Internet, ¿hasta dónde saben de mí?», Revista Digital INESEM, 18/10/2016, cuando hablamos de huella digital en Internet, nos referimos al rastro que dejamos al navegar e interactuar con la red. Dicha autora advierte de un error común entre los usuarios de redes sociales, al creer que, si eliminamos un contenido ya subido a la red, este desaparece. Lo que realmente ocurre es que los buscadores que se dedican a registrar todo lo que parece en internet, una vez subida, copian la información, pudiendo así ser recuperada. La ingeniera concluye aconsejando una correcta configuración de nuestros perfiles públicos para determinar lo que realmente quiero que sepan de mí, y, por supuesto, advierte que debe transmitirse esto a los menores, dados los numerosos problemas en los que puede derivar la sobreexposición de su vida (URL: <https://revistadigital.inesem.es/informatica-y-tics/huella-digital-internet/>, última consulta el 20/02/2020).

12 Según hace constar PONCE DE LEÓN, P., «El 81% de los bebés tiene presencia en la red antes de cumplir los seis meses», *Universitat Oberta de Catalunya*, 13 de agosto de 2019 (URL: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2019/205-bebes-redes-sociales.html>, consulta: 4/11/2019).

ámbito familiar, pues, cuando los menores víctimas de estas prácticas crezcan y estén capacitados para ser conscientes de las consecuencias que la actitud de sus progenitores respecto de su imagen e intimidad les ha ocasionado o podría ocasionarles, tendrán la posibilidad de emprender contra sus propios progenitores el ejercicio de acciones legales¹³.

Por añadidura, no sólo existen riesgos en lo referente al desarrollo de los menores como personas, sino que estas imágenes e información pueden ser utilizadas por otros usuarios con fines delictivos. Ello así desde el momento en que al publicar una fotografía en internet perdemos el control sobre ella, por lo que esta puede llegar a manos de cualquier usuario, sin saber cuál es el uso que puede hacer de la misma, ya que estas fotografías pueden ser descargadas, manipuladas y volver a ser compartidas¹⁴.

En este sentido, resulta indiscutible que el *sharenting* facilita la obtención de todo tipo de información para los pederastas, provocando una grave situación de vulnerabilidad del menor, ya que pueden conocer sus gustos, su vida cotidiana a través de imágenes, el colegio en el que estudia, las personas con las que se relaciona, etc. Y toda esta información es utilizada por los pedófilos para contactar con los menores y ganarse así su confianza¹⁵.

Por añadidura, el hecho de que incluso lleguen a colgarse imágenes de los niños desnudos -dándose un baño o en cualquier otra circunstancia de su vida diaria-, es potencialmente utilizable para la pornografía infantil¹⁶.

Ello sin olvidar que compartir imágenes e información a tiempo real de la vida de una persona permite a cualquier individuo conocer en dónde se encuentra en cada momento, existiendo un grave riesgo de geolocalización¹⁷. Si bien esto es peligroso para

13 VICENTE NAVARRO, R.: «La huella digital de los menores mediante la práctica de sharenting», 30 de marzo de 2019 (URL: <https://lopezdelemus.com/la-huella-digital-de-los-menores-mediante-la-practica-del-sharenting/>, consulta: 4/11/2019).

14 ANDREY, C.: «¿Qué es el sharenting?», *Blog Andrey Ferreiro Abogados*, 21 de junio de 2017, URL: <https://andreyferreiroabogados.com/2017/06/21/que-es-el-sharenting/> (última consulta: 4/11/2019).

15 URL: <https://www.bebesymas.com/consejos/el-sharenting-una-practica-que-los-padres-hacemos-sin-maldad-pero-que-puede-acarrear-graves-consecuencias-a-nuestros-hijos>, consulta: 3/11/2019.

16 Así lo advierte Carlos Igual, Capitán de la Guardia Civil del Grupo de Delitos contra menores, en una entrevista concedida al blog *bebésymas* (URL: <https://www.bebesymas.com/ser-padres/los-pedofilos-utilizan-las-redes-sociales-para-contactar-con-los-ninos-entrevista-a-carlos-igual-capitan-de-la-guardia-civil>, consulta: 17 de noviembre de 2019).

17 The Family Watch: «Sharenting...», cit., pág. 3.

cualquier persona, lo es más para los menores, quienes poseen una gran vulnerabilidad e inocencia, lo que, a mi juicio puede desencadenar en abusos, agresiones e incluso, llevándolo a una situación extrema, secuestros.

Finalmente, aunque sea algo excepcional, no puede obviarse la existencia de personas que roban la identidad de menores y se atribuyen su paternidad, o simplemente crean perfiles personales con sus fotografías. Así, PONCE DE LEÓN se hace eco de una noticia publicada en 2019 en el *Wall Street Journal* «que alertó de otro de los peligros de la sobreexposición de los hijos o *sharenting*: la usurpación de identidad». Se trataba de un caso real en el que Emory Keller-Kurysh, una mujer de 33 años de Canadá, había publicado en su perfil público de Instagram una fotografía de su hija recién nacida en la habitación del hospital después de dar a luz. Dos años después, esta imagen aparecía de nuevo en la red, pero esta vez no era ella quien la publicaba, sino una usuaria que daba la bienvenida a su nuevo hijo de la siguiente manera: «Me gustaría dar la bienvenida al mundo a mi hijo. Mamá y el tío Maddox te quieren mucho, Artie»¹⁸.

De lo hasta aquí afirmado resulta, por tanto, que, por mucho que las imágenes sean de hace años o las hayamos eliminado, estas pueden haber llegado a manos de otras personas que las utilicen en el futuro con fines delictivos, poniendo en peligro a los menores.

2. LA POSIBLE “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASO DE *SHARENTING*

En relación con la segunda cuestión planteada, debemos partir de la base de que el artículo 18.1 de la Constitución Española (en adelante CE), reconoce como derechos fundamentales el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Complementariamente, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen se encarga de desarrollar la regulación de estos derechos, protegiéndolos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, tal y como indica en su artículo 1. Así pues, será esta la legislación principal a partir de la cual deberemos determinar la existencia (o no) de intromisión ilegítima en estos derechos de los menores. Ello sin olvidar la Ley Orgánica

¹⁸ PONCE DE LEÓN, P., «El 81% de los bebés tiene presencia en la red antes de cumplir los seis meses», cit. (URL: <https://www.uoc.edu/porta/es/news/actualitat/2019/205-bebes-redes-sociales.html>, consulta: 4/11/2019).

1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 4 reconoce a los menores los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la par que impone a los progenitores el deber de respetarlos y protegerlos frente a posibles ataques de terceros. Dicha ley, como expresa en su Exposición de Motivos, tiene la finalidad de «reforzar los mecanismos de garantía que prevé la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen». Finalmente, y dado que como se ha explicado *supra*, la ley aplicable al supuesto que se nos plantea es la ley aragonesa, debemos tener presente también la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, pues si bien es cierto que del art. 53.1 CE en relación con el art. 81 CE se desprende que solo a través de ley orgánica podrá regularse el contenido esencial de los derechos fundamentales, ello no obsta para que las CCAA puedan reconocer estos derechos y establecer garantías para su efectiva protección en relación a los menores de edad¹⁹.

No obstante, antes de entrar a valorar la posible existencia (o no) de intromisión ilegítima en estos derechos, interesa introducir a grandes rasgos qué se entiende por cada uno de ellos, para tratar de clarificar, de este modo, los motivos por los que, en este caso, son estos derechos los que pueden verse vulnerados a través de la práctica del *sharenting*.

En primer lugar, según sostiene el Tribunal Supremo (STS 212/2006, de 7 de marzo), el derecho al honor «es un concepto esencialmente relativo que deriva directamente, o más bien, es expresión, del concepto de dignidad de la persona». De este modo, lo define como «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; de lo que se desprende el doble aspecto externo e interno o trascendencia e inmanencia». Ahora bien, el Alto Tribunal exige que la protección de este derecho venga determinada por otros conceptos: el primero de los cuales es que si se trata de información de hechos, sea inveraz y si se trata de expresión de opiniones no contenga epítetos injuriosos o descalificadores; el segundo, que no medie consentimiento directo o indirecto del interesado; y el tercero, la delimitación por la ley, por los usos sociales, por decisión de la autoridad de acuerdo con las leyes o por predominar un interés histórico, científico o cultural relevante. Por ello, entiende que «el concepto legal de la intromisión ilegítima viene determinado por la concurrencia de los

19 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, tesis doctoral, UAB, 2016, pág. 125 (URL: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1>, consultada el 4/3/2020).

presupuestos esenciales, que parten de la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor hasta llegar a la lesión de la dignidad de la persona». Y, por último, el Tribunal Supremo advierte de algo muy importante, y es que no se precisa en la persona que comete la intromisión ilegítima que exista intención (dolo) de dañar tal derecho, pues de acuerdo con el art. 9.3 de la Ley 1/1982, la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima.

En segundo lugar, tal y como indica la STS 1168/2000, de 22 de diciembre, el concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo entiende necesario «relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas». También advierte que, como resulta lógico, la intimidad no es la misma para todos, ya que cada persona tiene la suya propia, calificándola como exclusiva y excluyente por mandato constitucional. Por añadidura, el Alto Tribunal se hace eco de la STC de 2 de diciembre de 1982, en la que se indica que «la intimidad es un ámbito reducto en el que se veda que otros penetren, de ahí la protección constitucional que se le otorga a fin de evitar las injerencias arbitrarias en las vidas privadas, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la 183ª Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948».

Finalmente, por lo que respecta al derecho a la propia imagen, si bien se configura en la CE como un derecho independiente, en su condición de derecho de la personalidad derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas guarda estrecha relación con el derecho al honor y especialmente con el derecho a la intimidad. Es decir, que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que «lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima». Es por ello que el Tribunal Constitucional entiende que «el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir

libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13)» (STC 81/2001, de 26 de marzo). La salvaguarda del bien jurídico protegido (la propia imagen) radica en que el aspecto físico constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual²⁰. Por lo tanto, en definitiva, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos «puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas»²¹.

Tras esta breve aproximación a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, interesa ahora advertir que nuestro Ordenamiento jurídico los protege con una intensidad mayor en aquellos supuestos cuyo titular es un menor. Y es que, de acuerdo con la Instrucción de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE), de 15 de marzo de 2006, es innegable «el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social»²². Por ello, la Fiscalía entiende que, dada la condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad, es necesario velar por su desarrollo integral otorgándole una protección de especial intensidad, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez²³. Ello explica que la resolución del presente supuesto exija el examen de diversos textos legales en el estudio del presente supuesto -como se ha indicado al inicio de este fundamento segundo-, estableciendo una relación de complementariedad entre todos ellos, a efectos de reforzar su protección.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha profundizado en esta idea, al entender que, si bien se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas, debe

20 STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.

21 STC 81/2001, de 26 de marzo.

22 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, pág. 6. (URL: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_02_2006.html, consultada el 2/11/2019).

23 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006, de 15 de marzo...*, cit., pág. 3.

hacerse con mayor razón si se trata de la infancia, por ser más desvalida y por ello más vulnerable (STS Sala 1ª núm. 621/2003, de 27 de junio).

De igual modo, estas líneas interpretativas han ido calando en la jurisprudencia menor, que ha asumido que nos encontramos ante un régimen de protección reforzado. En este sentido, la Fiscalía General del Estado afirma en su Instrucción 2/2006 que «ya se ha asumido por la jurisprudencia [menor] el criterio rector de que si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de una manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, más vulnerables por tanto ante los ataques de sus derechos»²⁴.

Asimismo, conviene reparar en el art. 2 de la LO 1/1982, según el cual «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». De este modo, para determinar si efectivamente se ha producido una intromisión ilegítima en tales derechos de la personalidad, además de las leyes, tanto los usos sociales como los propios actos de las personas determinarán si dichas prácticas pueden ser consideradas ilegítimas. Así se puso de relieve en la STS 7576/1986, de 28 de octubre: «resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y, más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona».

Por “usos sociales” podríamos entender al conjunto de prácticas, pautas y reglas de comportamiento generalmente admitidas en una sociedad. A partir de ahí, resulta indudable que los conceptos de intimidad y privacidad están cambiando, y que el impacto de las tecnologías de la interrelación y de la comunicación ha venido a configurar escenarios imprevisibles hace tan solo unos años en todos los órdenes de la sociedad actual. Ello implica, de acuerdo con GIL ANTÓN, que nos encontramos en un mundo global del que los menores no pueden encontrarse al margen, pues generaría una especie de desarraigo. Por este motivo, están acostumbrados a la utilización de su imagen en redes

24 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 10.

sociales desde muy pronto, dando otro valor al que tradicionalmente se estaba dando a la publicación de imágenes de su vida diaria²⁵.

Centrándonos ya en el análisis de la posible existencia (o no) de intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen de Aitana, Carlota y Martín, para tratar de encontrar una descripción de lo que se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de estos derechos, debemos acudir al art. 7 LO 1/1982, en el que se enumeran el tipo conductas que merecen tal consideración. En el caso concreto que nos ocupa, tratando de adaptar lo preceptuado en dicho precepto a la actividad del *sharenting*, considero que dicha práctica podría enmarcarse, con matices, en los apartados 3 y 5 de dicho artículo. Así, el art. 7.3 LO 1/1982, considera intromisión ilegítima «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre». En este caso, Doña Elena procede a la divulgación en redes sociales de hechos relativos a la vida privada de sus hijos menores, que, como se ha visto -por no repetirme-, en efecto puede afectar a su reputación, al crearse una huella digital accesible a cualquier usuario de la red. Por su parte, el art. 7.5 LO 1/1982, prevé que tendrá la consideración de intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos». En este caso, Doña Elena publica a través de fotografías y vídeos la vida privada de sus hijos menores, por lo que su conducta se enmarcaría dentro de dicho apartado, con el matiz de que a los casos de *sharenting* no les serían de aplicación las salvedades del art. 8, pues están pensadas para cuando es un medio de comunicación quien realiza la intromisión.

No obstante, interesa reparar en la SAP de Lugo núm. 98 de 15 de febrero de 2017, en cuanto sostiene que no todas las prácticas de *sharenting* suponen una intromisión ilegítima en los derechos del menor. En el supuesto de que trae causa la citada sentencia, es la madre de los menores quien demanda a su propia madre, abuela de los menores, por subir fotografías de estos a su Facebook sin el consentimiento de los progenitores y, por ende, por vulnerar los derechos a la propia imagen e intimidad de sus nietos. La Audiencia, si bien admite que el supuesto plantea dudas jurídicas dada la novedad de la

25 GIL ANTON, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 65.

cuestión litigiosa, desestima la demanda, por cuanto no ha resultado probado «que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados». No obstante, la Audiencia reconoce que el fallo podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario.

Es por ello que, tal y como afirma AMMERMAN YEBRA, la existencia (o no) de intromisión «podrá depender no solo del tipo de información subida a las redes sociales, sino también de las configuraciones de privacidad sobre el público que accede a dicha información, de la permanencia temporal o no de las fotografías, e incluso del uso que posteriormente haga el propio menor de su identidad, ya sea a la edad de 14 años o una vez alcanzada la mayoría de edad»²⁶.

No obstante, tal posición admite matices. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia núm. 539 de 15 de mayo de 2018 considera que la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de los derechos fundamentales de los hijos no se puede justificar en «la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros». De este modo, de acuerdo con el criterio de la AP de Barcelona que personalmente suscribo, en este tipo de exposición de los hijos debe primar en todo momento el interés superior del menor, tal y como ha sido configurado por el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo tenor es el siguiente: «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado».

26 AMMERMAN YEBRA, J.: «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. especial referencia al fenómeno del sharenting», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2018, pág. 256.

Además, añade que «en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». De este precepto resulta, por consiguiente, que el interés superior del menor -su beneficio, su bien- debe ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tratando de otorgarle un provecho, utilidad o ganancia. O, lo que es lo mismo, pero de contrario, que el interés superior del menor implica la eliminación de todo lo que represente un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia para el menor. No obstante, no es tarea fácil determinar en la práctica la existencia o no de ese beneficio. De hecho, tal como afirma GIL ANTON, «la averiguación de este provecho o beneficio es con frecuencia un caballo de batalla en materia de protección de menores, y mucho mayor si lo relacionamos con los propios derechos de la personalidad, donde la subjetividad parece que pueda ser todavía mayor y más amplia, y en cuyo ámbito puede jugar de forma diferente el criterio de la edad y la madurez»²⁷, como veremos con más adelante.

En cualquier caso, desde el momento en que este principio de prevalencia del interés superior del menor debe ser observado en todo aquello que le concierne, entiendo que habrá de aplicarse igualmente en lo que atañe a su privacidad y a la protección de sus derechos de la personalidad y datos personales. De hecho, así resulta del ya citado artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al considerar intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, *o que sea contraria a sus intereses* incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (la cursiva es nuestra).

Por consiguiente, puede defenderse que estas prácticas conocidas como *sharenting*, cuando alcanzan un grado de intensidad como el del supuesto que nos ocupa, llegando a publicar la vida diaria de los menores, mostrando fotografías de todo lo que hacen y enseñando a cualquier usuario de la red su desarrollo y crecimiento como personas, al

27 GIL ANTÓN, A. M.: «El derecho a la propia imagen del menor en Internet», cit., pág. 173.

tratarse de perfiles públicos, pueden llegar a resultar contrarias a su interés superior, que como hemos dicho, es piedra angular en la determinación de la ilegitimidad de la conducta. Esta postura se basa en que, como vimos en el fundamento primero, existen numerosos riesgos para los menores e importantes consecuencias de cara al futuro que pueden producir un menoscabo en el libre desarrollo de su personalidad y en su futura estima social. Sin duda, estos menores tienen derecho a crear su propia identidad y, desde el momento en que Doña Elena ha decidido crear la de sus hijos menores sin contemplar las consecuencias que puede tener este hecho para ellos en el futuro y para su desarrollo, puede perturbar su proceso de maduración.

En este sentido, afirma FLORIT FERNÁNDEZ que, de la lectura del artículo 4.3 LOPJM se colige sin dificultad que, «más allá de los peligros que para la seguridad del menor suponga la existencia de imágenes y cualquier otro dato personal en la red, el hecho mismo de colgar imágenes suyas conculca su derecho, por lo que, sin una labor exhaustiva de interpretación se puede afirmar sin ningún género de duda que los progenitores no pueden compartir imágenes y demás datos sobre sus hijos menores en la red, incluso existiendo consentimiento del menor, si ello le puede perjudicar, aunque esto se haga “inocentemente” y por el mero placer de compartir su vida familiar, y que el Ministerio Fiscal debe actuar ante el conocimiento de este tipo de hechos»²⁸.

Asimismo, puede traerse a colación la SAP de Valencia, núm. 145 de 1 de marzo de 2003, según la cual «la protección que confiere el artículo 18 de la Constitución Española abarca tanto las manifestaciones relativas a un menor directamente, como aquellas otras que afectan al ámbito de su familia, en el presente caso, al comportamiento de sus padres respecto de ellos mismos y de sus hermanos, como configuradores del ambiente familiar en el que se está desarrollando su infancia».

Ello sin olvidar que el art. 39 CE contempla la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando, por tanto, el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, que, como indica la FGE en su Instrucción 2/2006, es suministrada en un primer nivel por los titulares de la patria potestad o por sus sustitutos (tutores o guardadores); y en un segundo nivel, en defecto o insuficiencia de lo anterior, por las instituciones públicas. Es por ello que los titulares de

28 FLORIT FERNÁNDEZ, C., «*Sharenting* y límites de la patria potestad», cit., pág. 3.

la autoridad familiar, como son en este caso Doña Elena y Don David, deben constituirse en garantes de los derechos de los menores, velando por un desarrollo integral de los mismos²⁹. De este modo, como afirma SANCHO CASAJUS, «los conceptos de interés del menor y el desarrollo de la personalidad del menor son metas y fines que toda familia o que todo guardador legal debe tener como función inexcusable cuando estamos hablando de la evolución de un menor; de tal manera que la familia deja de ser un fin en sí mismo para pasar a ser un medio para la consecución del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros; y primordialmente de los hijos o de los menores»³⁰.

En definitiva, con base en lo hasta aquí argumentado, lo esencial a la hora de afirmar la existencia de intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores radica en que genere un menoscabo en su interés superior, es decir, que la conducta realizada es perjudicial para su desarrollo personal y proceso de madurez. Ello sin perjuicio de algunos matices relativos al consentimiento que haremos a continuación, ya que, de acuerdo con el art. 2.2 de la Ley 1/1982, el consentimiento puede operar como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión.

3. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Llegados a este punto, interesa resolver la cuestión relativa a si es posible, como ha sucedido en el presente caso, que un progenitor publique unilateralmente en internet fotografías e información personal de sus hijos sin el consentimiento del otro o si, por el contrario, es necesario el consentimiento de ambos progenitores o de los propios menores afectados en atención a su edad y madurez. Ello, partiendo de la base de lo preceptuado por el art. 2.2 de la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que prevé como causa de exclusión de la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, la concurrencia del consentimiento expreso del titular del derecho. De este precepto resulta que, en caso de no concurrir dicho consentimiento, la intromisión será antijurídica, ya que los derechos al honor, intimidad y propia imagen no pueden ser objeto de tráfico jurídico, conforme a lo dispuesto en su aptdo. 1, derivándose de la

29 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, cit., pág. 6.

30 SANCHO CASAJUS, C.: «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 77.

antijuridicidad de la conducta las pertinentes consecuencias y, en particular, «en el orden civil, la reparación del daño moral ocasionado»³¹.

Para responder a esta cuestión debe partirse de la especial naturaleza de los derechos en juego. En este sentido conviene insistir en la idea de que los derechos al honor, intimidad y propia imagen pertenecen a la categoría de los derechos de la personalidad y, por ende, son inherentes a la persona. Ello conlleva que se tienen por el mero hecho de ser hombre desde el nacimiento, sin formalidad ni requisito adicional alguno. Por añadidura, son derechos privados extrapatrimoniales, ya que protegen bienes de contenido estrictamente personal, si bien, ello no obsta -ya adelanto- a que el medio habitual de reparación de la lesión ilegítima sea la concesión de una indemnización pecuniaria. Asimismo, son derechos absolutos y oponibles *erga omnes*. Por último, se les califica de indisponibles e irrenunciables, en cuanto son intransmisibles y no pueden extinguirse por medio de renuncia de su titular, desde el momento en que son inherentes a la persona y los tendrá mientras viva. Ahora bien, centrando el tema objeto de debate, tal renuncia -no factible- no debe confundirse con la debida autorización a prestar por el interesado para que un tercero pueda proceder sobre su esfera personal en una forma que sería ilícita en defecto de aquella. Se trata de supuestos en los que, mediante el consentimiento del titular del derecho, se puede eliminar la antijuridicidad de la conducta ajena³².

Ahora bien, por lo que respecta a los menores de edad -como son las personas aquí implicadas-, interesa recordar con la FGE que «los arts. 12, 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección integra en el disfrute de los derechos»³³. Así pues, dada la naturaleza jurídica de estos derechos y su inherencia a las personas, debemos dilucidar si en relación con el consentimiento requerido por el art. 2.2 de la LO 1/1982 es posible la representación legal

31 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 1, 2014, pág. 35.

32 Como bien dice DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit., pág. 139-140, «este consentimiento no es una renuncia al derecho mismo sino a la facultad de iniciar acciones legales de tal manera que sería una especie de cláusula de exclusión de la antijuridicidad y que aquel no implica una abdicación total del derecho sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de sus facultades».

33 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 3.

o si, por el contrario, queda excluida en este ámbito, de tal manera que son los propios menores quienes deben prestar tal consentimiento en todo caso.

La respuesta a esta cuestión se encuentra formulada específicamente en el art. 3 de la LO 1/1982, precepto que supedita el carácter personal o por representación del consentimiento al criterio de la suficiente madurez del menor implicado. Así, dicho precepto prevé en su aptdo. 1º que dicho consentimiento deberá prestarse por los propios menores, siempre y cuando sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil, lo que -ya adelanto- implica una remisión, en lo que hace a nuestro caso concreto, al CDFA. Sólo en caso de carecer de suficiente madurez, según prevé su aptdo. 2º, el consentimiento habrá de prestarse por sus representantes legales, si bien supeditado al necesario control judicial y del Ministerio Fiscal. En particular, el precepto precitado señala que los representantes legales deberán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal³⁴ el consentimiento que proyectan otorgar en nombre del menor bajo su representación y que, en caso de oponerse aquel a dicho consentimiento, el Juez resolverá lo procedente. Dicho control se debe a que, como bien afirma DE LAMA AYMÁ, «el ejercicio de los derechos de la personalidad por los representantes legales no es libre, sino que está sometido al cumplimiento de una función social que se controla desde las instituciones públicas de tal manera que la actuación de los representantes legales no tendrá efecto cuando sea contraria al interés del menor»³⁵.

En todo caso, conforme al precitado art. 3 LO 1/1982 sólo es válido el consentimiento del propio menor si tiene madurez suficiente «de acuerdo con la legislación civil». De este modo, la LO 1/1982 contiene una remisión a la legislación civil aplicable para dilucidar cuándo un menor se encuentra en condiciones de *madurez suficiente*³⁶ para prestar su consentimiento y, por ende, a la ley civil aragonesa por lo que

34 La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 14, prevé que, como regla general «la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidación y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o menores en conflicto de intereses con sus representantes legales». Por añadidura, contempla excepcionalmente la «intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que sin que concurra conflicto de intereses con el menor sean contrarios a que se establezcan acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión».

35 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit., pág. 147.

36 Según el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, el concepto de «madurez suficiente» se refiere a la «sustancial correspondencia entre la edad del individuo y el desarrollo de la persona en sus múltiples dimensiones: física, moral, social y espiritual».

hace al caso aquí planteado, tal y como se ha argumentado en el epígrafe dedicado al Derecho aplicable. No obstante, antes de acudir a la norma aragonesa interesa advertir de modo general que, a la hora de aplicar el criterio de suficiente madurez en el ámbito de los derechos de la personalidad lo habitual es que prevalezca el criterio casuístico frente al cronológico, ya que se entiende que «la capacidad natural es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate». De este modo, «debe tenerse en cuenta que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad sólo puede determinarse en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera»³⁷, teniendo en cuenta el alcance y trascendencia de cada acto para el menor, y la posible influencia en su desarrollo personal. No obstante, ello no impide que en algunos casos la ley exija una determinada edad para realizar ciertos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, o que presuma que a partir de cierta edad el menor tiene capacidad natural para ejercerlos. Esto último es lo que ocurre precisamente en Derecho civil aragonés, en cuanto el art. 34 CDFA prevé que, si el menor ha cumplido catorce años, se presume su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario. Por añadidura, el CDFA regula expresamente las intromisiones de terceros en los derechos de la personalidad de los menores, distinguiendo entre el menor mayor de catorce años (art. 24) y el menor de menos de catorce años (art. 20), por ser esta la edad, como se ha dicho, a partir de la cual se presume capaz. Con todo, estas previsiones de la normativa aragonesa deben ser matizadas por lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), habida cuenta de su carácter orgánico, lo que exige su aplicación preferente. Así las cosas, dado que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal³⁸, debemos atender a su artículo 7, cuyo aptdo. 1º dispone que «el tratamiento de los datos

37 SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», cit., pág. 64.

38 Así lo entiende la jurisprudencia (por todas, la SAP de Pontevedra 208/2015, de 4 de junio), en base a lo siguiente: 1º «Que el derecho a la propia imagen [art. 18.1 CE], en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación [SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009]. 2º Que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal [art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal]». Ello para concluir que «la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización», con base en los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en el art. 6 de la entonces vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años»³⁹. Complementariamente, su aptdo. 2º prevé que «el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

Por lo demás, las previsiones de la LO 1/1982 analizadas deben ponerse en relación con el art. 4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, precepto que dispone que el uso de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación, aun contando con el consentimiento del propio menor -de tener suficiente madurez- o subsidiariamente de sus representantes legales, cuando pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación o ser contrario sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal. De este modo, la LOPJM legitima al Ministerio Fiscal para instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas legalmente y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados, cuando la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos. Estamos así, de acuerdo con SANCHO CASAJUS, ante un «segundo control», cuyos efectos «pueden llegar a desautorizar a los padres o representantes legales o, incluso, a restringir la aparente *madurez* del menor». De hecho, advierte que «de prosperar la pretensión instada judicialmente por el Ministerio Fiscal, la consecuencia será la ineficacia del consentimiento prestado por el propio menor o por sus representantes legales, según el caso»⁴⁰. Con todo, este precepto ha sido criticado por un sector de la doctrina por no considerarlo respetuoso con la voluntad del menor con suficiente madurez. Así, SANTOS MORÓN, advierte que, si bien «se afirma que el menor debe decidir por sí mismo si tiene suficiente capacidad natural, se limita la eficacia de su decisión al supuesto en que la decisión que adopte resulta para él beneficiosa o no resulte

39 Este precepto de la LO se modificó a la luz del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, el cual establecía lo siguiente: «el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años». De este modo, el legislador español optó por reducir dicha edad a los catorce años, frente a los dieciséis que fijaba de primero el Reglamento Europeo.

40 SANCHO CASAJUS, C.: «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», cit., pág. 91-92.

contraria a su interés. Es decir, se priva de eficacia la decisión del menor, al que previamente se le ha reconocido capacidad natural, si un tercero –*en este caso el MF, pero también los representantes legales*– considera que la alternativa elegida por el menor no le beneficia. Ello equivale a sustituir la voluntad del menor en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales o los parámetros o valores de sus representantes legales –*o del MF*–». Por ello, el autor precitado entiende que este mecanismo no es compatible con el previo reconocimiento de la capacidad del menor, pues «si se considera que el menor tiene suficiente discernimiento y madurez para adoptar una decisión, es porque se presupone que es capaz de valorar las consecuencias, positivas o negativas, de la decisión que adopte, y sopesar sus ventajas, inconvenientes y posibles riesgos. Por consiguiente, si la decisión que, de forma consciente y voluntaria, toma el menor puede ocasionarle, a juicio de terceros, consecuencias negativas, debe pese a ello respetarse su opinión, ya que lo contrario equivale a hacer depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectivas y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por éste»⁴¹.

3.1. LOS MENORES DE CATORCE AÑOS: ARTÍCULO 20 CDFA

Como hemos señalado en caso anterior, la concreta resolución del caso aquí planteado pasa por aplicar las previsiones de los arts. 20 y 24 CDFA, por remisión del art. 3 LO 1/1982.

Empezando por la situación de Martín y Aitana, dado que tienen respectivamente cinco y dos años, debemos acudir al artículo 20.1 CDFA, precepto que dispone que, siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas⁴²:

1ª.- Si tiene suficiente juicio, se exigirá el consentimiento del menor y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o el del tutor o, subsidiariamente, en caso de negativa de alguno de ellos, la autorización judicial.

41 SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, Nº15, 2011, pág. 68.

42 BAYOD LÓPEZ, M. del C.: en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pág. 126.

En primer lugar, interesa puntualizar que en estos casos en que la ley presume que el menor tiene capacidad natural para decidir y exige, por tanto, su consentimiento, pero no lo considera suficiente y, por tanto, exige complementariamente la intervención de los padres o tutor, «hay que entender, con SANTOS MORÓN, «que los representantes del menor actúan en funciones de *asistencia* (no en su cualidad de representantes) a fin de completar la capacidad del menor»⁴³. En el mismo sentido se pronuncia BAYOD LÓPEZ, al considerar que, «en estos casos, los titulares de la autoridad familiar (o el tutor) actuarán, no como representantes del menor, sino en cumplimiento del deber de crianza y educación que conlleva la autoridad familiar, puesto que no es posible la representación del menor en lo que atañe a sus derechos de la personalidad»⁴⁴.

Lo esencial, por tanto, es determinar cuándo se entiende que un menor tiene suficiente juicio. Autores como GIL ANTÓN consideran que un menor tiene suficiente juicio «cuando el grado de desarrollo intelectual y emocional del individuo permiten decidir libre, consciente y racionalmente sobre aquellos ámbitos relativos a la dignidad y a la personalidad a través de la figura del derecho subjetivo de la personalidad, el derecho a disponer sobre la propia figura humana, sobre su propio rostro sin necesidad de acudir a otros mecanismos de tutela»⁴⁵.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ considera que el suficiente juicio reside en que el menor posea capacidad natural de autogobierno, ligada a la aptitud natural de entender y querer, pudiendo ejercer por sí mismo los atributos más esenciales de su persona, e inherentes a la misma, no siendo admisibles, ni por parte de sus progenitores, actos relativos a tales derechos contra su voluntad o sin su consentimiento. En suma, dado que el suficiente juicio no aparece vinculado a una determinada edad en nuestro ordenamiento jurídico, dicho autor considera que este concepto «se presenta como una cuestión de hecho que tendrá que ser valorada en función de dos parámetros, de un lado,

43 SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», cit., pág. 66.

44 BAYOD LÓPEZ, M. del C.: «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 125.

45 GIL ANTÓN, A.M.: «El derecho a la propia imagen del menor en Internet», cit., pág. 218.

las particulares aptitudes volitivas e intelectivas de la persona y, de otro, del acto en particular de que se trate»⁴⁶.

Ahora bien, según prevé el precepto aquí analizado, aun teniendo el menor suficiente juicio, requiere la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar –en este caso, sus progenitores- por ser menor de catorce años; previsión ésta que viene a coincidir con lo dispuesto en el art. 7.2 LOPD. Por añadidura, el mismo art. 20.1 suple la negativa de uno de ellos por la autorización judicial.

De este modo, centrando nuestra atención en la práctica del *sharenting*, entiendo que, tratándose de una clara intromisión en los derechos de la personalidad de los menores, requerirá si tienen suficiente juicio su propio consentimiento y, complementariamente, la autorización los titulares de su autoridad familiar o tutor, a suplir, en su caso, por la autorización judicial. Ahora bien, como se ha señalado, el suficiente juicio es un concepto indeterminado que habrá de verificarse caso por caso en última instancia por el Juez.

2ª. Contra la voluntad del menor, sólo el Juez puede autorizar la intromisión en su interés. De ello resulta, por consiguiente, que la voluntad del menor con suficiente juicio es imprescindible y, por tanto, su negativa impide cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad, salvo que sea autorizada judicialmente.

De este modo, en caso de que un menor de catorce años con suficiente juicio se niegue a que sus progenitores utilicen su imagen en redes sociales y compartan información sobre su vida privada, el único competente para permitir su realización es el Juez, en interés del menor. En este punto importa anotar, según se ha indicado con anterioridad, que el interés superior del menor implica la eliminación de todo lo que represente un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia para el menor. En otras palabras, el interés superior del menor implica velar por todo aquello que le reporte un beneficio personal y, como se ha visto, el *sharenting* puede desencadenar en numerosos riesgos para el menor, lo que nos lleva a aventurar, a falta de jurisprudencia que lo confirme, que ningún Juez autorizaría tal práctica si el menor, con suficiente juicio, decide oponerse a su realización.

46 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2016, 2016, pág. 4.

Por añadidura, podría afirmarse la existencia en este supuesto de una clara oposición de intereses entre el menor y sus progenitores, a resolver, de acuerdo con BAYOD LÓPEZ, no con base en la regulación genérica del art. 13 CDFA, en cuanto el art. 20 CDFA prevé específicamente la intervención del Juez y esta materia no es susceptible de representación⁴⁷.

3ª. En caso de que el menor con edad inferior a catorce años no tenga suficiente juicio, sólo es posible la intromisión en los derechos de la personalidad si lo exige su interés, que será apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

Ahora bien, importa advertir que la intervención de los progenitores (o, en general, de los titulares de la autoridad familiar o tutor) a que se refiere este precepto no constituye propiamente un supuesto de representación legal, desde el momento en que el art. 12.2 CDFA excluye de la misma los actos relativos a los derechos de la personalidad al margen de si el menor tiene juicio suficiente para actuar por sí mismo. En efecto, de acuerdo con PARRA LUCÁN, la intervención de los titulares de la autoridad familiar en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor se efectúa en manifestación de la función de crianza y educación que les corresponde⁴⁸, no por representación. Por tanto, si el menor de catorce años tiene suficiente juicio puede ejercitarlos por sí mismo (art. 20.1.a CDFA). En caso de no tenerlo, los progenitores actúan por sí mismos, apreciando el interés del menor, pero no en su representación (art. 20.1.b CDFA).

Por añadidura, BAYOD LÓPEZ entiende que para poder valorar si los titulares de la autoridad familiar son aptos para apreciar el interés del menor, debe tenerse en cuenta la posible existencia de conflictos de intereses entre ellos y el menor. En su argumento, utiliza como ejemplo el supuesto de encontrarnos ante un menor de cuatro años que no tiene capacidad para consentir una transfusión de sangre, cuyos progenitores no autorizan al ser testigos de Jehová e ir en contra de dicha práctica religiosa. Así,

47 BAYOD LÓPEZ, M. del C.: en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón*, cit., pág. 126. La misma autora ya esgrimió esta tesis en 2009, en su artículo «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón...», cit., pág. 126: «en los casos del art. 17 LDp. -intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de las personas menores de catorce años- no debe aplicarse la regulación del art. 10 (oposición de intereses), al estar prevista de forma específica en el art. 17 LDp. la intervención del Juez y ser ésta una norma especial; pero, sobre todo, porque en materia de derechos de la personalidad no es posible la representación, y el conflicto al que atañe el art. 10 se produce entre el menor y quién lo representa». En su artículo «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón...»,

48 PARRA LUCÁN, M. A.: en AA.VV. *Manual de Derecho civil aragonés*, el Justicia de Aragón, Zaragoza, 4º edición, 2012, págs. 118-119.

partiendo de dicho ejemplo, la autora entiende que «los padres, titulares de la autoridad familiar, no pueden valorar el interés del menor de forma objetiva», por considerar que existe «un conflicto de intereses entre el derecho a la vida del hijo y el derecho a la libertad religiosa, de ellos y del hijo», lo que «les impide actuar libremente los deberes que implica la autoridad familiar: el cuidado de la persona»⁴⁹. De este modo, apela de nuevo a la intervención del Juez, por ser esto lo preceptuado por el art. 20 CDFA, defendiendo la no aplicación, en estos casos, del genérico art. 13 CDFA.

Finalmente, aplicando esta regla a la práctica del *sharenting*, creo que puede afirmarse que, si ambos progenitores están de acuerdo en su realización por considerarla acorde al interés del menor, no habrá, en principio, mayor problema; ello sin perjuicio de que pueda intervenir el Ministerio Fiscal para adoptar las medidas de protección oportunas a tenor de lo dispuesto en el art. 4 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

En definitiva, tras el análisis del art. 20 CDA, podemos defender que la concreta situación de los menores Martín y Aitana se enmarca dentro de las previsiones de la que hemos denominado *regla tercera* de dicho precepto. Así, a nuestro juicio, nos encontramos ante dos menores de edad inferior a catorce años, que no poseen suficiente juicio para decidir acerca de la intromisión en sus derechos de la personalidad, ya que, por su corta edad -cinco y dos años respectivamente-, entendemos que no han alcanzado un grado de desarrollo intelectual y emocional que les permita decidir libre, consciente y racionalmente sobre el uso de su imagen y, en general, de su vida íntima. Por ello, como se ha dicho, si ambos progenitores estuviesen de acuerdo en la publicación de imágenes e información de los menores en redes sociales, no existiría controversia alguna, a salvo de una posible intervención del MF. No obstante, en este caso Don David no presta su consentimiento a tal práctica, y, como hemos visto, la ley exige el consentimiento conjunto de los titulares de la autoridad familiar, que, en este caso, corresponde a ambos progenitores, por lo que el comportamiento de Doña Elena no sería lícito. Complementariamente, no debemos olvidar que es de aplicación dominante lo dispuesto por el art. 7 LOPD, en cuyo apartado segundo prevé que el consentimiento solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, que, en este caso, la ejercen conjuntamente ambos progenitores, por lo que debe constar el consentimiento de ambos.

⁴⁹ BAYOD LÓPEZ, M. del C.: «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón...», cit., pág. 126.

3.2. EL MENOR MAYOR DE CATORCE AÑOS: ARTÍCULO 24 CDFA

Para resolver la situación de Carlota, dado que tiene catorce años, debe acudir al artículo 24 CDFA, en cuanto regula específicamente la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de los menores mayores de catorce años. Este precepto establece las siguientes reglas:

1ª. Como regla general, la intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad del menor que ha cumplido los catorce años depende de su exclusiva voluntad por entender que a partir de esa edad tiene suficiente juicio (art. 34 CDFA).

Como vemos, una vez cumplidos los catorce años se presume el suficiente juicio del menor, y, por ende, su capacidad y aptitud para entender y querer un acto concreto. Por ello, en principio, deberá ser el propio menor quien decida, en exclusiva, sobre todo aquello que suponga una intromisión en sus derechos de la personalidad, sin necesidad de asistencia.

Junto a este precepto, debemos traer a colación lo preceptuado por el art. 7.1 LOPD, que –recordemos- considera válido el consentimiento de los menores de edad en el tratamiento de sus datos personales si son mayores de catorce años, a excepción de aquellos supuestos en los que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela.

2ª. Como excepción, se prevé que el consentimiento del menor no es suficiente cuando su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad, física o psíquica, siendo necesaria en estos casos la asistencia prevista en el art. 23 CDFA. Ahora bien, como clarifica SANCHO CASAJUS, «la asistencia de los padres o guardadores no pasa a ser sino un mero consejo o asesoramiento», por lo que, a su juicio, la decisión última del menor «sería válida por más que el asesoramiento de sus padres fuera contra a ella»⁵⁰.

En cualquier caso, por lo que hace a concreta la práctica del *sharenting*, creo que puede defenderse que, si bien pueden derivarse de la misma ciertos riesgos para el menor, ninguno de ellos comporta un grave riesgo para su vida o integridad, física o psíquica, como sí podría ocurrir, por ejemplo, en el consentimiento necesario para la realización de

⁵⁰ SANCHO CASAJUS, C.: «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», cit., pág. 115.

una operación quirúrgica⁵¹. A ello añadir que los sujetos activos de esta práctica son los propios progenitores, por lo que la asistencia de los mismos en el consentimiento del menor a sus propios actos carece de sentido. No estamos, por tanto, ante el supuesto excepcional del art. 24.1.a CDFA en el que se requiere la asistencia prevista en el art. 23 CDFA, esto es, de uno cualquiera de los progenitores en ejercicio de la autoridad familiar o tutor, a suplir por la Junta de Parientes o el Juez.

Por añadidura, debemos tener presente, de nuevo, la previsión del art. 7.1.2 LOPD que faculta al menor para consentir sobre el tratamiento de sus datos personales a partir de los catorce años, exceptuándose únicamente los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento, y, como se ha dicho, no nos encontramos ante uno de estos supuestos.

3ª. En todo caso, en contra de la voluntad del menor solo será posible la intromisión con autorización judicial en su interés.

Respecto a esta regla, a fin de no ser repetitiva, me remito a lo ya expuesto en relación con la posible intromisión contra su voluntad en los derechos de la personalidad del menor de catorce años que tiene suficiente juicio. Ello para entender, en definitiva, que ningún Juez autorizaría la práctica del *sharenting* en contra de la voluntad del menor por no ser acorde al interés superior del mismo.

4ª. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre la intromisión, sólo será posible cuando lo exija su interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

De igual modo, en este punto me remito a lo ya argumentado en el caso de encontrarnos ante un menor con edad inferior a catorce años que no tenga suficiente juicio. Así, parece que debe excluirse la aplicación a la práctica del *sharenting* de esta regla prevista en el art. 24.2 CDFA. Ello es así porque, analizando la situación desde el sentido común, en los casos de *sharenting* resulta lógico que lo determinante sea, no tanto la imposibilidad del menor de decidir por sí mismo, sino más bien que su práctica no reporta ningún tipo de beneficio para el menor, y, por tanto, no es necesaria para su interés

51 Para BAYOD LÓPEZ, M. del C., «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón...», cit., pág. 128, esta excepción se vincula, por ejemplo, a actos médicos de cirugía voluntaria.

superior. A partir de ahí, la inexistencia de beneficio para el menor se traduce en que, en ningún caso, estará justificada la actuación de uno de progenitores o, subsidiariamente, del Juez si el menor es mayor de catorce años y no se encuentra en condiciones de decidir. En otras palabras, el sharenting no se encontraría dentro de los actos inherentes al ejercicio de la autoridad familiar y al deber de velar por el interés superior de sus hijos menores. Y de la misma manera se sobreentiende que ningún Juez autorizaría esta práctica en contra de la voluntad del menor, pues en ningún caso, repito, es necesaria para su interés superior. En este sentido se pronuncia GIL ANTÓN, al considerar que «los actos propios de los titulares de la patria potestad del menor, pueden ser tenidos en cuenta cuando supongan una ampliación del ámbito de protección del derecho, pero no cuando impliquen una restricción en la protección del mismo, pues [...] la representación legal en los derechos de la personalidad de los hijos menores de edad es una situación excepcional por lo que debe interpretarse restrictivamente cualquier acto que comporte el ejercicio de aquella»⁵².

En todo caso, interesa recalcar que el Ministerio Fiscal garantizará la protección del menor, desde el momento en que ni el consentimiento de éste ni la asistencia de sus guardadores excluyen la intervención del Ministerio público en aras a proteger sus intereses, de acuerdo con el art. 10.c CDFA y el art. 4 LO LOPJM. Así, se puede entender, en definitiva, de acuerdo con GIL ANTÓN, «que la protección del interés superior del menor, se compadece con el hecho de que ante una intromisión ilegítima a la imagen y/o *intimidación* consentida por el propio menor, en el supuesto de tener “capacidad natural suficiente”, o consentida por sus representantes legales en el caso de no contar éste con dicha capacidad, se permita la intervención del Ministerio Público con objeto de que se garantice la protección del derecho fundamental»⁵³.

En definitiva, en base a lo hasta aquí expuesto, entiendo que, por lo que hace a Carlota, será de aplicación la regla general del art. 24.1 CDFA, según la cual el menor decidirá por sí mismo si consiente (o no) tal intromisión. Por tanto, si Carlota presta su consentimiento a Doña Elena para la publicación de su imagen e información en redes sociales, dicho consentimiento será totalmente válido, siendo irrelevante la oposición de Don David. En caso contrario, si Carlota se opone a la realización de tal práctica, Doña

52 GIL ANTÓN, A. M.: «El derecho a la propia imagen del menor en Internet», cit., pág. 220.

53 GIL ANTÓN, A. M.: «El derecho a la propia imagen del menor en Internet», cit., pág. 217.

Elena deberá cesar en su comportamiento y eliminar lo hasta ahora subido, por ser esta la voluntad de su hija y encontrarse en plenas capacidades para decidir sobre estas cuestiones inherentes a su persona.

3.3. EL CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES: LA INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA (NO ARAGONESA)

Una vez analizada la normativa aplicable, interesa ahora abordar la respuesta de la jurisprudencia cuando legalmente se permite a los progenitores actuar por sí mismos, lo que sucede en Derecho aragonés cuando los menores tienen menos de catorce años y carecen de suficiente juicio ex art. 20.1.c CDFA. Interesa, en concreto, determinar a los efectos de la resolución del caso concreto y, en particular, por lo que hace a la situación de los menores Martín y Aitana, si es necesario el consentimiento conjunto de ambos progenitores o si bastará con el de uno de ellos.

A *priori* interesa clarificar que, a falta de jurisprudencia aragonesa sobre *sharenting* (salvo error u omisión), hemos acudido a la jurisprudencia dictada en aplicación del Derecho civil estatal, ello partiendo de que -según se clarifica en el epígrafe relativo al Derecho sustantivo aplicable- la solución a la que se llega viene a ser la misma ya se aplique el CC o el CDFA.

A partir de ahí, debe señalarse que la posición de los tribunales es unánime en el sentido de exigir el consentimiento de ambos progenitores en la práctica del *sharenting*, según resulta de las sentencias que se reseñan a continuación.

En particular, la SAP de Pontevedra nº 208/2015 de 4 de julio de 2015 argumenta que «la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (artículo 154 CC -*artículo 63 CDFA*-). Señalando el art. 156 CC (*artículo 71 CDFA*) que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro». En base a ello, la Audiencia concluye que «de pretender el Sr. Arsenio la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 CC».

Posterior en el tiempo, la SAP de Barcelona nº 539 de 15 de mayo de 2018 comparte la doctrina de la SAP de Pontevedra «ante la realidad social del difícil o complicado

control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo Facebook, Instagram, etc. y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas, mucho más graves cuando están implicados menores de edad, cuestión que impide incardinar o vincular el tema de esta publicación y compartición de imágenes, cuando se trata de hijos menores de edad, con aquellos actos que cada uno de sus progenitores puede realizar válidamente por separado "conforme al uso social" como excepción al principio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, excepción y principio recogidos en el art.156 del CC estatal como recoge la última sentencia dictada -y, en nuestra comunidad autónoma, en el artículo 71.1 CDFa-».

También se ha pronunciado al respecto la SAP de Tenerife núm. 356 de 6 de julio de 2018, entendiendo que «en lo que respecta a la publicación de fotografías de la menor en las redes sociales por parte del padre, (...) la patria potestad corresponde a ambos progenitores y, tratándose de custodia compartida, se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva en cada momento, pero únicamente en lo que respecta a las cuestiones ordinarias o cotidianas "conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad". En las de especial trascendencia y que no sean de urgente necesidad, como puede ser la que nos ocupa, es necesario el consentimiento de ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, será el juez quien decida una vez seguidos los trámites que prevé el art. 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La consecuencia jurídica de lo expuesto no puede ser otra que, ante la objeción de la madre, claramente explicitada en este procedimiento, el padre habrá de abstenerse de afectar al derecho a la intimidad de su hija y deberá dejar de publicar fotos de la menor a través de las redes sociales o por cualquier otro medio de comunicación».

Por último, puede traerse a colación la muy reciente SAP de Santander núm. 24 de 13 de enero de 2020 que contiene la siguiente declaración: «el consentimiento otorgado por su legal representante (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, implica que deba ser otorgado por quienes son titulares de su patria potestad (art. 154 CC). [...] En consecuencia, en el futuro ambos padres titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la menor, y si no fuera posible obtenerla por existir controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización».

4. POSIBLES MEDIDAS DE PROTECCIÓN: ACCIONES JUDICIALES A EMPRENDER

Como ya hemos apuntado *ab initio*, la publicación de imágenes e información de la vida privada de los menores por parte de sus progenitores, esto es, la práctica del *sharenting*, carece de regulación específica en nuestro Ordenamiento jurídico. Es por ello que, ante los cambios sociales surgidos a raíz de las nuevas tecnologías, entendemos que resulta necesaria una modificación de la regulación civil al objeto de dotar de una protección actual y acorde a la realidad a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Y es que, dado el amplio alcance de la información que subimos a Internet y a las redes sociales, así como su difícil control, los perjuicios que pueden causar a la persona implicada son preocupantes y difíciles de resarcir, aún más cuando las víctimas de tales conductas son menores de edad, habida cuenta de su especial vulnerabilidad. Por ello, como sostiene LÓPEZ AZCONA, quizá convendría repensar el listado de intromisiones ilegítimas de la LO 1/1982, al entenderlo insuficiente para hacer frente a esta nueva modalidad de injerencia en los derechos de la personalidad, y, además, a efectos de coordinar la legislación civil con la nueva legislación penal, que ha incorporado nuevos tipos delictivos para hacer frente a dichas intromisiones⁵⁴. En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ GÓMEZ, por cuanto considera que, dada la complejidad de las actividades que se desarrollan en internet, conviene plantearse la validez de los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen configurados por el legislador de 1982, siendo necesaria una sistematización de dichos supuestos, acorde tanto con las novedades del ámbito virtual en el siglo XXI -que han propiciado una diversidad de supuestos proclives a tales intromisiones- como con la nueva reforma penal. De hecho, la autora entiende que «ni siquiera la existencia de un *numerus apertus* de dichas intromisiones en la citada Ley, resulta argumento suficiente para obviar dicha tarea»⁵⁵.

En consonancia con lo anterior, entendemos igualmente necesaria una revisión de la legislación civil al objeto de declarar responsables a los progenitores de los posibles daños morales causados a sus hijos menores por este tipo de conductas. En este sentido,

54 LÓPEZ AZCONA, A.: «Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código civil», *RGLJ*, 2018, pág. 220.

55 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», cit., pág. 41.

la SAP de Lugo 98/2017, de 15 de febrero, advierte que «incluso se ha abierto un debate en países de nuestro entorno, como Francia, en el que se habla de conceder legitimación a los menores para que, una vez alcanzada tal edad, puedan ejercitar las acciones por vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen contra sus progenitores o familiares que hayan publicado fotografías o comentarios en las redes sociales durante su minoría de edad». De este modo, la jurisprudencia española ya empieza a plantearse la regulación de una posible responsabilidad de los progenitores por vulneración de los derechos de la personalidad de los menores a través de la práctica del *sharenting*, a nuestro juicio necesaria, como se ha dicho *supra*.

Ciertamente, en nuestro país no se ha dado todavía la situación de que sea un hijo el que demande a sus progenitores por intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad a consecuencia del *sharenting*. No obstante, esta falta de reacción por los propios sujetos afectados puede obedecer a que todavía sean menores, desde el momento en que se trata de un fenómeno muy reciente. En cambio, sí se ha dado en nuestro país la situación que venimos resolviendo en el presente dictamen, en la que uno de los progenitores actúa en defensa de los intereses de su hijo menor pretendiendo del otro que finalice con su práctica de *sharenting*.

Partiendo de la inexistencia de una regulación específica del fenómeno del *sharenting*, así como la necesaria reforma de la Ley 1/1982 en aras de adecuarla a la nueva realidad tecnológica, importa ahora concretar qué instrumentos previstos legalmente pueden proteger a los menores frente al *sharenting*. Esto es, se trata de determinar las acciones judiciales disponibles y los sujetos que, en su caso, están legitimados para su ejercicio.

Empezando por los sujetos legitimados, recordemos que las divergencias surgidas a la hora de recabar el consentimiento necesario en cada supuesto de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor podrán ser suplidas por la decisión del Juez, en los términos indicados por los arts. 20 y 24 CDFA ya analizados. A partir de ahí, el art. 74 CDFA faculta a cualquiera de los progenitores a acudir al Juez en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar. De este modo, Don David podrá acudir al Juez para que este decida acerca de la práctica de Doña Elena. Por tanto, esta es una de las posibilidades existentes para tratar de proteger los derechos de los menores y, por ende, hacer que Doña Elena cese en su actividad por mandato judicial. Es decir, los menores pueden ser protegidos a través de uno de los progenitores, como pretende hacer

Don David en este caso. En este sentido, de acuerdo con DE LAMA AYMÁ, el menor carece de capacidad procesal. Por ello, al no existir legitimación *ad processum* será necesaria la actuación del representante legal del menor en defensa de sus derechos de la personalidad (arts. 7 y 8 LEC). En otras palabras, la legitimación procesal del menor se canaliza a través de la actuación de sus representantes legales, de modo que la parte del proceso no es el representante sino el representado, quien posee la legitimación *ad causam*, pues aquel no hace valer ninguna pretensión propia, sino que actúa simplemente en nombre y por cuenta del representado. No obstante, la autora advierte que existen argumentos para sostener que los titulares de la patria potestad intervienen también en primera persona en el proceso y no como meros representantes del menor. Esto es así dado que los progenitores pueden alegar un interés legítimo en la defensa de los bienes jurídicos de la personalidad de sus hijos como justificación de su intervención como parte en el proceso. En este caso, podríamos encontrarnos ante esta situación pues, tal y como concluye DE LAMA AYMÁ, «en efecto, los progenitores no son titulares de los derechos de la personalidad vulnerados, pero no puede negarse que, en base a la relación paterno-filial que les une con los titulares de los derechos que han sido vulnerados y en base a la función social que tienen asignada, ostentan un interés legítimo en que los bienes jurídicos de la personalidad del menor queden protegidos»⁵⁶.

En segundo lugar, no debemos olvidar que la ley protege especialmente al menor a través de la figura del Ministerio Fiscal⁵⁷. De este modo, también puede ocurrir que sea el Ministerio Fiscal quien emprenda acciones legales contra los progenitores en defensa de los derechos de la personalidad de los menores. Ahora bien, tal y como advierte la Fiscalía General del Estado, tal intervención debe utilizarse con mesura, ponderando todos los intereses en conflicto. En otras palabras, a la hora de decidir si, al amparo del art. 4 LOPJM, procede emprender acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de la personalidad de los menores, debe valorarse la posición de los progenitores «a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una *difusión contraria al interés del menor*». Así, la Fiscalía General del Estado entiende que «del vuelco legislativo que la LO 1/1996 ha supuesto respecto de la LO 1/1982 en relación

⁵⁶ DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit., págs. 85-87.

⁵⁷ De hecho, conforme al art. 10.2.b LOPJM, el menor puede «poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas».

con las potestades de los progenitores, puede inferirse que el legislador contempla especialmente los supuestos de progenitores con conflictos de intereses con sus hijos. Así, la exposición de motivos de esta ley declara que “...se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve”⁵⁸. No obstante lo anterior, no pueden ignorarse los principios generales que articulan la capacidad del menor maduro en nuestro Ordenamiento jurídico, ni los principios inspiradores de la LOPJM⁵⁹, entre los que se encuentran la obligación de dar audiencia al menor (art. 3) así como el canon hermenéutico que obliga a interpretar restrictivamente las limitaciones a la capacidad de obrar del menor (art. 2). Es por ello que la FGE entiende que «habrá de oírse al menor antes de decidir sobre el ejercicio de acciones» y «no procederá ejercitar acciones en su nombre salvo que así lo requiera la propia entidad de la lesión en sus derechos o salvo que tras la audiencia del menor se llegue a la conclusión de que carece de madurez para autodeterminarse en la materia»⁶⁰.

Por último, también cabría la posibilidad de que fuesen los propios menores afectados quienes, una vez alcanzasen la mayoría de edad, emprendiesen acciones legales contra sus progenitores, como así ha sucedido en algunos países de nuestro entorno.

Ya centrándonos en las posibles acciones judiciales a ejercitar a la luz de la LO 1/1982, podemos identificar las siguientes⁶¹:

1º De acuerdo con el artículo 9.2.a LO 1/1982, cabrá interponer una acción de cesación, dirigida a solicitar el cese inmediato de la intromisión, que en los casos de sharenting consistirá en la retirada de las fotografías de los menores o comentarios en cuestión, a efectos de restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior.

58 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 14.

59 Pues como indica la Fiscalía General del Estado en la *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 15, dicha Ley considera en su Exposición de Motivos que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.

60 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006...*, cit., pág. 15.

61 Así lo entiende AMMERNAN YEBRA, J.: «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting», cit., pág. 261, y «El fenómeno del sharenting como causa de futuras reclamaciones de daños intrafamiliares por vulneración de los derechos de la personalidad de los menores de edad», *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias*, 2018, pág. 434.

2º Si lo que se pretende es evitar intromisiones futuras, será aplicable el art. 9.2 b LO 1/1982.

3º Por último, también procederá, desde luego, la acción de indemnización de daños prevista en el art. 9.2.c LO 1/1982. El concreto perjuicio a resarcir será fundamentalmente de índole moral, por publicación de fotografías de las que quepa derivar algún tipo de perjuicio.

No obstante, de acuerdo con AMMERNAN YEBRA, en casos graves como el llamado *DaddyOFive*, en el que los progenitores disponen de un canal de YouTube que seguramente les reporta dinero a costa de mostrar a sus hijos, se podrían recuperar además los lucros obtenidos, aunque nos topáramos con el problema de cuál sería el valor resarcible, pero que en todo caso entendemos sería de los hijos⁶². Asimismo, como señala la misma autora, podría llegar, incluso, la suspensión o privación de la patria potestad -entiéndase, autoridad familiar en Aragón-.

Siendo en este caso Don David, padre de los menores, quien pretende entablar las acciones pertinentes, consideramos que lo más oportuno es que opte por la acción de cesación del art. 9.2.a LO 1/1982, al fin de tratar de lograr vía judicial el cese inmediato de la publicación de imágenes e información en las redes sociales, así como la retirada de lo publicado hasta el momento, a efectos de restablecer a los menores en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior.

5. VIABILIDAD DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL A FAVOR DEL PADRE

Una última cuestión a resolver es la relativa a la posibilidad de atribuir la custodia individual de los menores al padre en caso de que éste se plantee la ruptura de su matrimonio, ante la gravedad de los hechos acaecidos. Ello pasa por acudir a los preceptos del CDFA dedicados a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo.

El precepto específico a aplicar es el art. 80.1 CDFA, en cuanto faculta a cada uno de los progenitores por separado a solicitar al Juez que la guardia y custodia de los hijos

62 AMMERNAN YEBRA, J.: «El fenómeno del sharenting como causa de futuras reclamaciones de daños intrafamiliares por vulneración de los derechos de la personalidad de los menores de edad», cit., pág. 434.

menores sea atribuida a uno solo de ellos⁶³. Por tanto, no cabe duda de que Don David está facultado para solicitarla.

A partir de ahí, interesa advertir que el CDFA en su redacción originaria (proveniente de la Ley 2/2010) preveía, en defecto de acuerdo entre los progenitores, la preferencia de la custodia compartida en el apartado 2 del artículo 80 -salvo que la custodia individual fuera más conveniente-. No obstante, tal previsión legal fue modificada por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, en aras de priorizar en todo caso el interés superior de los menores, tal y como se indica en Preámbulo. De este modo, en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores y a falta de acuerdo entre ellos sobre la custodia de sus descendientes, los tribunales deberán decidir sobre el concreto régimen de custodia a atribuir, ya sea individual o compartida, prescindiendo de apriorismos legales y, por ende, atendiendo única y exclusivamente al interés superior de hijos menores. Se cambia así de criterio, de tal manera que ya no se considera conveniente que el legislador preestablezca con carácter general o preferente lo que debe ser el resultado del análisis de los factores previstos en el art. 80.2 CDFA por el Juez. Es decir, se entiende que el interés superior del menor debe ser apreciado por el Juez en cada caso concreto, sin ser conveniente, por ello, que la Ley imponga preferentemente la custodia compartida, ya que supone un condicionamiento a la apreciación judicial⁶⁴ y, por ende, al interés superior del menor. En resumen, conforme a la nueva redacción del art. 80.2 CDFA, el Juez optará en cada caso concreto por la custodia, compartida o individual, de los hijos menores, atendiendo exclusivamente a su interés superior⁶⁵.

63 Tal y como indica SERRANO GARCÍA, J. A.: «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza-Huesca, 2012, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, pág. 11, «la expresión *guarda y custodia* hace referencia básicamente a la convivencia inmediata y directa de los hijos menores con sus progenitores, convivencia a la que va ligada en cada momento tanto el cuidado personal y directo de esos menores como la capacidad para la toma diaria de las decisiones menos relevantes, así como de las decisiones urgentes o que no admitan demora. El progenitor con quien convive el menor en cada momento, ya sea como titular de la guarda y custodia o por derecho de visitas, ejerce la autoridad familiar con mayor intensidad, y si un padre convive con el menor más tiempo que el otro, tiene por este hecho una mayor capacidad de decisión sobre el menor».

64 Así se concluyó al respecto, como se indica en el Preámbulo de la Ley 6/2019, de 21 de marzo, en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia que tuvo lugar en Madrid en octubre de 2015, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, entendiendo que «la guarda y custodia compartida se otorgará en función del interés del menor en cada caso concreto. Ninguna forma de custodia debe ser preferente».

65 El principio del interés superior del menor se recoge expresamente el art. 76.2 CDFA, al prever que «toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos». En todo caso, este precepto debe ponerse en relación con el art. 2 LOPJM, al objeto de dotarle del contenido adecuado.

Para ello tendrá que tener en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y complementariamente una serie de factores, a valorar conjuntamente⁶⁶. Dichos factores son los siguientes: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia. g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Dichos factores, tal y como indica SERRANO GARCÍA, no son exhaustivos, pues «en la letra f [actual letra g]⁶⁷ se alude a *cualquier otra circunstancia de especial relevancia*». En este sentido, estamos de acuerdo en que «esto es algo completamente lógico, pues sólo el juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto, puede decidir qué es lo más adecuado», ya que es posible que «circunstancias análogas afecten de distinto modo a un menor que a otro, en función de la personalidad de éste, para lo que será de especial trascendencia la valoración de la prueba pericial»⁶⁸.

En definitiva, en el vigente régimen aragonés de custodia de los hijos tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, será el Juez quien decida en cada caso concreto qué régimen de custodia es el más beneficioso para el menor. Ciertamente, como ya se ha indicado, el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, pero bien puede defenderse que, en todo caso, implica eliminar todo lo que represente un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia para el menor, tratando de velar por todo aquello que le reporte un beneficio personal. En cualquier caso, como indica LÓPEZ AZCONA, «a este respecto la STSJ de Aragón de 30 octubre de 2013 señala que la prevalencia del interés del menor opera en nuestro Ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar

66 LÓPEZ AZCONA, A. y PICONTO NOVALES, T.: «Breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés», *Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26 de Junio de 2019, URL: <https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-regimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/> (consultada el 4 de mayo de 2020).

67 La lista de factores del nuevo precepto es la misma que la inicial, a excepción de haberse incorporado un factor más en la letra f), entendiéndose que también debe valorarse la dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.

68 SERRANO GARCÍA, J. A.: en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pág. 199-200.

tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor»⁶⁹.

A partir de ahí, por lo que hace al concreto caso planteado importa valorar si el comportamiento de Doña Elena a través de la práctica del *sharenting* -que podría calificarse de *otra circunstancia de especial relevancia* contemplada en la letra f-, examinado conjuntamente con el resto de factores a que se refiere el precepto, es determinante para atribuir la custodia individual de los menores a Don David.

Ello sin olvidar que, antes de tomar cualquier decisión que les afecte, los menores tienen derecho a ser oídos siempre que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años [arts. 6 y 76.4 CDFA]. Ahora bien, como matiza la STSJ de Aragón 27/2012, de 24 de julio, «la opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado -el art. 80.2 CDFA-». Ello, además, según precisa el TSJA en la misma resolución, la voluntad de los menores «no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión»⁷⁰. En la misma línea SERRANO GARCÍA entiende que no se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído, «sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años (80.2.c), para, en unión de los restantes factores del art. 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él»⁷¹. Por tanto, la opinión de los menores será relevante habrá de ser tenida en cuenta por el Juez y será relevante, pero no determinante, para atribuir la custodia a uno o ambos progenitores. Ello sin olvidar la relevancia de tal voluntad del menor cobrará mayor peso cuanto mayor sea su juicio, es decir, cuanta más edad tengan, especialmente si son mayores de catorce años. De este modo, en lo que al caso concreto que nos ocupa se refiere, entendemos que Carlota tendrá derecho a ser oída, por ser mayor de doce años y, a su vez, su voluntad tendrá especial consideración por ser mayor de catorce años. En

69 LÓPEZ AZCONA, A.: «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa», XIII Jornadas de IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en el Centro asociado de la UNED de Calatayud, marzo 2014, pág. 130.

70 STSJ de Aragón, N°27/2012 de 24 de julio.

71 SERRANO GARCÍA, J. A.: «Guardia y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pág. 43.

cambio, Martín y Aitana no alcanzan los doce años de edad, pues tienen cinco y dos años respectivamente, por lo que en su caso no existe tal derecho, en cuanto no puede afirmarse que tengan suficiente juicio dada su corta edad.

En definitiva, de lo hasta aquí argumentado puede sostenerse que la práctica del *sharenting* puede entenderse perjudicial para los menores afectados, y, por consiguiente, ir en contra de su interés superior pues, como ya se ha indicado, supone una serie de riesgos, así como una intromisión en sus derechos de la personalidad. A ello debe sumarse que, tras las reiteradas advertencias de Don David, Doña Elena no atiende a razones y no parece estar dispuesta a cesar en su actividad. Por tanto, en caso de materializarse la ruptura del matrimonio, podría resultar conveniente la asignación de la guardia y custodia individual a Don David, con objeto de preservar en mayor medida la intimidad de los menores, estableciendo un régimen de visitas para Doña Elena.

VI. CONCLUSIONES

En base a las consideraciones formuladas en el presente Dictamen, y sobre el extremo objeto de consulta, procede formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA- Para la resolución del presente dictamen interesa *a priori* determinar el Derecho sustantivo aplicable, ello partiendo de la circunstancia de que todos los sujetos implicados en el presente supuesto, tanto los menores implicados como sus progenitores, poseen la vecindad civil aragonesa y residen en Aragón.

La respuesta viene dada por el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños al que se remite el artículo 9, en sus apdos. 4.2 y 6. Esta norma deja claro que es la residencia habitual del menor la que determina el Derecho aplicable en lo que al ejercicio de la autoridad familiar y protección personal del menor se refiere, y no la vecindad civil de los sujetos implicados. De ello resulta que en este caso será de aplicación el Derecho civil aragonés, dado que los tres menores implicados tienen su residencia habitual en Aragón, aparte de tener la vecindad civil aragonesa. Más concretamente, les serán de aplicación los arts. 56 a 99 CDFA relativos a las relaciones entre ascendientes y descendientes, los arts. 12 a 33 CDFA relativos a la capacidad de obrar de los menores de edad, así como el art. 80 CDFA sobre la guardia y custodia de los hijos.

No obstante, la aplicación del CDFA habrá de ser necesariamente modulada por lo dispuesto en las leyes orgánicas que corresponda. En este caso, tanto por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen como por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, principalmente. Ello sin olvidar la aplicación directa de los tratados internacionales sobre la materia, en particular, el Convenio de la Haya ya citado e igualmente la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

SEGUNDA.- El *sharenting* puede definirse aquella conducta consistente en la publicación de información e imágenes de menores en internet por parte de sus progenitores o familiares.

Constituye una práctica muy generalizada que se ha ido incrementando en los últimos años a raíz del avance de las nuevas tecnologías y el surgimiento de las redes sociales con los riesgos que ello implica. Así, si bien es cierto que para muchos progenitores es un mero entretenimiento, otros utilizan esta herramienta con un fin lucrativo.

No obstante, el principal problema del uso de esta práctica no radica tanto en los fines con lo que se use, sino en que los progenitores cuando hacen uso de ello no suelen ser conscientes de los importantes riesgos a los que se está exponiendo a los menores o, si lo son, los asumen sin pensar en que están vulnerando el principio del interés superior del menor que debe primar en todo momento en el desempeño de su labor como progenitores.

Brevemente, entre los riesgos que implica la práctica del *sharenting* interesa destacar, en primer lugar, la creación de una huella digital de los menores de la que no se les está haciendo partícipes, ya que está siendo creada por un tercero -sus progenitores-, y con la que es posible que en un futuro no se sientan identificados y, por ende, sientan que se ha violado su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, es posible que esto desencadene en otro tipo de problemas, como burlas o bullying en el colegio. Por ello, entendemos que la creación de esta huella digital supone una vulneración al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

Asimismo, existe el riesgo de que el contenido publicado llegue a ser utilizado por pederastas o para la creación de pornografía infantil. De este modo, a través del *sharenting* se está “facilitando el trabajo” de todos aquellos delincuentes del ciberespacio, poniendo a su alcance imágenes e información de los menores.

Ello sin olvidar que desde el momento en que se ofrece información detallada de la vida privada de los menores, cualquier persona pueda localizarles o suplantar su identidad.

Por todo ello, puede concluirse que la práctica del *sharenting* puede acarrear numerosos riesgos para los menores que, en este caso, Doña Elena parece asumir sin problemas o, en su caso, no ser consciente de ellos, pese a la insistencia de Don David para que ponga fin a su práctica.

TERCERA.- Consideramos que la práctica del *sharenting* de Doña Elena constituye una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de sus tres hijos menores.

Como se ha indicado a lo largo del presente dictamen, no todas las conductas de *sharenting* pueden calificarse de intromisión ilegítima en estos derechos, pues debe tenerse en cuenta tanto el tipo de publicaciones realizadas como el alcance de las mismas, en función de las configuraciones de privacidad de la red social en cuestión. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la periodicidad de dicha práctica, pues no es lo mismo la publicación de una imagen familiar como foto de perfil en una red social, que publicar diariamente fotografías y vídeos que prácticamente narren la vida íntima de los menores. Así lo entiende la SAP de Lugo núm. 98 de 15 de febrero de 2017.

No obstante lo anterior, conforme al art. 4.3 LOPJM, el interés superior del menor es lo que debe primar en todo caso. Ahora bien, según hemos visto, no es tarea fácil determinar cuándo se está vulnerando ese interés superior, sobre todo en lo que a derechos de la personalidad se refiere, ya que existe una gran subjetividad al respecto, desde el momento en que cada menor es único y diferente. Ahora bien, a mi juicio, aquellos casos de *sharenting* que alcanzan un grado de intensidad como el del supuesto que nos ocupa, llegando a publicar la vida diaria de los menores en un perfil público, suponen en todo caso una actividad ilegítima que vulnera los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los mismos, al entender que dicha conducta va en contra del interés superior

de los menores, por cuanto ello implica exponerlos a los numerosos riesgos enumerados en el fundamento jurídico primero del presente dictamen.

Además, dado que los menores han de ser protegidos por sus progenitores [o, en su defecto, por las instituciones públicas] al encontrarse en una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia o carencia de mecanismos de autoprotección en el disfrute de sus derechos, entendemos que Doña Elena debería velar por tal protección y que, con su conducta, lejos de protegerlos, los está poniendo en riesgo.

Por todo ello, concluimos que efectivamente la conducta de Doña Elena se trataría de una intromisión ilegítima en los derechos de los menores que podría enmarcarse en los puntos 3 y 5 del art. 7 LO 1/1982, sin perjuicio de los matices necesarios acerca del consentimiento, ya que, de acuerdo con el art. 2.2 LO 1/1982, este puede operar, como veremos a continuación, como causa de exclusión de la ilegitimidad de dicha intromisión.

CUARTA.- En lo que atañe al régimen del consentimiento, debemos partir de la base de que el art. 2.2 LO 1/1982 prevé como causa de exclusión de la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, la concurrencia del consentimiento expreso del titular del derecho.

No obstante, dado que en el presente supuesto los titulares de dichos derechos son menores de edad, únicamente podrán prestar su consentimiento cuando sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil correspondiente, tal y como indica el art. 3 LO 1/1982. En caso contrario, serán sus representantes legales quienes otorguen tal consentimiento, supeditado al necesario control judicial y del Ministerio Fiscal.

De este modo, una vez analizada la legislación civil aplicable, que en este caso resulta ser el CDFA, matizado por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -de aplicación preferente-, podemos concluir que es a partir de los catorce años cuando se considera que el menor está en condiciones de madurez suficiente para prestar su consentimiento en lo que a la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad a través del *sharenting* se refiere. Por tanto, en la resolución del presente supuesto debemos distinguir entre los menores Martín y Aitana, cuya edad es inferior a los catorce años; y Carlota, quien es mayor de catorce años.

Así pues, por lo que se refiere a Martín y Aitana, al tratarse de dos menores que carecen de suficiente juicio por su corta edad (cinco y dos años respectivamente), el consentimiento deberá ser otorgado conjuntamente por ambos progenitores en su condición de titulares de la autoridad familiar, con base en el art. 20 CDFA. Ahora bien, en el presente caso uno de los titulares de la autoridad familiar, Don David, no presta su consentimiento a la publicación de imágenes e información de los menores en redes sociales, lo que conlleva a concluir que el consentimiento aislado de Doña Elena no resulta suficiente para considerar lícita la intromisión. Del mismo modo lo advierte el art. 7 LOPD. Además, en este sentido, la jurisprudencia menor (SAP de Pontevedra nº208/2015 de 4 de julio de 2015 y SAP de Cantabria nº24 de 13 de enero de 2020, entre otras), es unánime al entender que es preciso el consentimiento conjunto de los titulares de la autoridad familiar, pues de acuerdo tanto con la legislación civil estatal como aragonesa, el ejercicio de dicha autoridad es conjunto, abarcando, por supuesto, este tipo de decisiones.

Por lo que hace a Carlota, al ser mayor de catorce años se presume que posee madurez suficiente para consentir acerca de la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad de acuerdo con el art. 24 CDFA y, más concretamente, para consentir sobre el uso de sus datos personales, en virtud del art. 7.1.2 LOPD. Además, entendemos que, si bien el *sharenting* supone numerosos riesgos para los menores, no consideramos que la gravedad de los mismos se enmarque dentro de la excepción prevista en el art. 24 CDFA, por lo que Carlota está en plenas condiciones de decidir acerca de si consiente a Doña Elena la publicación de imágenes e información de su vida privada en redes sociales. Por tanto, deberá ser la propia menor quien decida si presta su consentimiento (o no) a tal práctica, debiendo respetar su decisión, al tener madurez suficiente, siendo, por tanto, irrelevante la opinión y oposición de Don David.

Finalmente, no debemos olvidar la posible intervención del Ministerio Fiscal, quien está facultado por el art. 4 LOPJM a adoptar las medidas de protección que estime oportunas. Así, dicho precepto legitima al Ministerio Fiscal para instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas legalmente y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados, cuando la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos.

QUINTA.- Resulta innegable la posibilidad de emprender acciones legales en contra de Doña Elena al objeto de la debida protección de los menores afectados, a la luz de la LO 1/1982. Entre ellas, la acción de cesación (art. 9.2.a), la acción para tratar de evitar intromisiones inminentes o ulteriores (art. 9.2.b) y la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.c).

En cuanto a los sujetos legitimados para su ejercicio, dichas acciones pueden ser ejercitadas, en los casos de *sharenting*, o por uno de los progenitores en contra del otro, o por el Ministerio Fiscal o por los propios menores cuando alcancen la mayoría de edad.

Centrando nuestra atención en el concreto caso a dictaminar, entendemos que la acción más adecuada a ejercitar es la de cesación, a fin de lograr una sentencia que ordene el cese inmediato de la práctica del *sharenting*, así como la eliminación de lo hasta ahora publicado, evitando, por consiguiente, los daños y perjuicios que dicha práctica pudiera ocasionar a los menores, que, hasta el momento, no existe constancia de su consumación.

En orden a su concreto ejercicio, defendemos en el momento presente la legitimación activa de Don David, quien podrá ejercitarla en representación de sus hijos menores o, incluso, en nombre propio, al ostentar un interés legítimo en que los derechos de la personalidad de los menores queden protegidos, en ejercicio de su deber como progenitor de velar por el interés superior del menor. Ello sin olvidar que el art. 74 CDFA faculta a Don David a acudir al Juez en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar.

SEXTA.- Por último, en caso de eventual divorcio de Don David y Doña Elena, lo que no descarta nuestro cliente, consideramos que el comportamiento de Doña Elena y su nula falta de consideración ante la opinión de Don David acerca de la práctica del *sharenting* con sus hijos a la que es tan aficionada, podría considerarse un factor relevante a considerar en una posible asignación de la custodia individual de los menores a favor de Don David. No obstante, somos conscientes que dicha circunstancia deberá ser valorada por el Juez, conjuntamente con el resto de factores enumerados en el art. 80.2 CDFA, al objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más acorde al interés superior de los menores en este caso, principio rector de dicha decisión. Ahora bien, a nuestro entender, la custodia individual a favor de Don David sería lo más conveniente para el interés de sus hijos menores, ya que Doña Elena parece no atender a razones y, a través de esa posible custodia individual de Don David, se estarían protegiendo con una

mayor intensidad los derechos de la personalidad de los menores y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, sin exposición a riesgos innecesarios.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Zaragoza, a 8 de junio de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Manual de Derecho civil aragonés*, dtor. J. Delgado Echeverría, coord.. M.A. Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 4ª edición, 2012.

AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, dtor. J. Delgado Echeverría, coords. C. Bayod López y J.A. Setano García, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015.

ANDREY, C.: «¿Qué es el sharenting?», *Blog Andrey Ferreiro Abogados*, 21 de junio de 2017 (ULR: <https://andreyferreiroabogados.com/2017/06/21/que-es-el-sharenting/>).

AMMERMAN YEBRA, J.: «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2018, págs. 254-264.

- «El fenómeno del sharenting como causa de futuras reclamaciones de daños intrafamiliares por vulneración de los derechos de la personalidad de los menores de edad», *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias*, 2018, págs. 429-434.

BAYOD LÓPEZ, C.: «El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, V, 1999, págs. 75-125.

– «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 121-168.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, tesis doctoral, UAB, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 1, 2014, págs. 35-42.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, (URL: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_02_2006.html).

FLORIT FERNÁNDEZ, C., «Sharenting y límites de la patria potestad», *Superbia Jurídico*, 11 de mayo de 2019 (URL: <https://superbiajuridico.es/texts/sharenting-y-limites-de-la-patria-potestad/>).

GIL ANTON, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson, Madrid, 2013.

LÓPEZ AZCONA, A.: «Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código civil», *RGLJ*, 2018, págs. 185-235.

- «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa», XIII Jornadas de IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en el Centro asociado de la UNED de Calatayud, marzo 2014, págs. 127-154.

- y PICONTO NOVALES, T.: «Breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés», *Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26 de Junio de 2019 (URL: <https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-regimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/>).

PONCE DE LEÓN, P., «El 81% de los bebés tiene presencia en la red antes de cumplir los seis meses», *Universitat Oberta de Catalunya*, 13 de agosto de 2019 (URL: <https://www.uoc.edu/porta/es/news/actualitat/2019/205-bebes-redes-sociales.html>).

ROCHINA, P.: «Nuestra huella digital en Internet, ¿hasta dónde saben de mí?», *Revista Digital INESEM*, 18/10/2016 (URL: <https://revistadigital.inesem.es/informatica-y-tics/huella-digital-internet/>).

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2016*, 2016, págs. 29-79.

SANCHO CASAJUS, C.: «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 65-120.

SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, N°15, 2011, págs. 63-93.

SERRANO GARCÍA, J. A.: «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza-Huesca, 2012, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 181-294.

– «Guardia y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, págs. 13-85.

THE FAMILY WATCH, «Sharenting la sobreexposición de los hijos en las redes sociales. ¿Cuántas fotos de tus hijos hay en tus redes sociales?», julio de 2019, TFW Reports n° 26 (URL: www.thefamilywatch.org).

VICENTE NAVARRO, R.: «La huella digital de los menores mediante la práctica de sharenting», 30 de marzo de 2019 (URL: <https://lopezdelemus.com/la-huella-digital-de-los-menores-mediante-la-practica-del-sharenting/>).

ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 2 de diciembre de 1982	Roj. STC73/1982
STC de 2 de diciembre de 1988	Roj. STC 231/1988
STC de 26 de marzo de 2001	Roj. STC 81/2001

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 28 de octubre de 1986	Roj. STS 7576/1986
STC de 11 de abril de 1994	Roj. STC 99/1994
STS de 22 de diciembre de 2000	Roj. STS 1168/2000
STS de 27 de junio de 2003	Roj. STS 621/2003
STS de 7 de marzo de 2006	Roj. STS 212/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

STSJA de 24 de julio de 2012

Roj.STSJ AR 27/2012

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Valencia núm. 145/2003 de 1 de marzo de 2003

Roj. SAP V 1353/2003

SAP de Pontevedra núm. 208/2015 de 4 de julio de 2015

Roj. SAP PO 1123/2015

SAP de Lugo 57/2017 de 15 de febrero de 2017

Roj. SAP LU 98/2017

SAP de Barcelona núm. 539/2018 de 15 de mayo de 2018

Roj. SAP B 539/2018

SAP de Tenerife núm. 356/2018 de 6 de julio de 2018

Roj. SAP TF 1310/2018

SAP de Santander núm. 24/2020 de 13 de enero de 2020

Roj. SAP S 1/2020